بسم الله الرحمن الرحيم

الاسم: نسيبة محمود العلاوي.

الكلية: الحقوق.

التخصص: قانون خاص.

السنة: 2006.

العنوان البريدي: الكرك، الصبحيات، الشارع الرئيسي.

الهاتف الأرضي: 0096232387087.

الهاتف النقال: 00962795195951.

جامعة مؤتة
عمادة الدراسات العليا

القانون الواجب التطبيق على الفصل التعسفي للعامل

إعداد الطالبة
نسيبة محمود العلاوي

إشراف
الدكتور نور الحجايا

رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا
استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة
الماجستير في الحقوق قسم القانون الخاص

جامعة مؤتة، 2006

بسم الله الرحمن الرحيم

MUTAH UNIVERSITY

Deanship of Graduate Studies

جامعة مؤتة

عمادة الدراسات العليا

نموذج رقم (14)

إجازة رسالة جامعية

تقرر إجازة الرسالة المقدمة من الطالبة نسيبة محمود علاوي الموسومة بـــ:

القانون الواجب التطبيق على الفصل التعسفي

استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في **القانون.**

القسم: القانون الخاص.

	التوقيع	التاريخ	
د. نور حمد الرحوم		2006/8/10	مشرفاً ورئيسا
د. عبدالعزيز سلمان اللصاصمة		2006/8/10	عضواً
د. جعفر محمود المغربي		2006/8/10	عضواً
د. مهند عزمي أبو مغلي		2006/8/10	عضواً

عميد الدراسات العليا

أ.د. أحمد القطامين

MUTAH-KARAK-JORDAN
Postal Code: 61710
TEL :03/2372380-99
Ext. 5328-5330
FAX:03/ 2375694
e-mail: dgs@mutah.edu.jo sedgs@mutah.edu.jo

مؤته – الكرك – الاردن
الرمز البريدي: 61710
تلفون: 03/2372380-99
فرعي 5328-5330
فاكس 03/2 375694
البريد الالكتروني

الإهداء

إلى فرحتي الحقيقية، إلى حقيقة الفرح، إلى من غدت الأفراح بعدهما أوهاماً، إلى منارتيّ حياتي اللذان لن يزيدهما البعد إلاّ نوراً وإشراقاً، إلى من أعطيا ولم يأخذا شيئاً، إلى والديّ، إلى روحيهما الطاهرتين....

وإلى من امتلكا المودة والاحترام، إلى من أصبحا لي الأم والأب بعطائهما...

إلى كل الذين وقفوا بجانبي، إلى أختي وإخواني، وعائلاتهم إلى زهراتي الصغيرات...

إلى كل الذين أعتز بقرابتهم لي، وإلى أصدقائي إلى كل الذين أحبهم، إلى من أحب... أهدي ثمرة جهدي هذا، لهم جميعاً، عسى أن تكون وردةً جميلة في كتاب حياتهم ترضيهم وتعبر عن محبتي لهم.

إليهم جميعاً... أهدي هذه الرسالة...

نسيبة محمود العلاوي

الشكر والتقدير

﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ﴾

سورة إبراهيم، الآية 7.

كما تعلمت دائماً، فإن الشكر أولاً لله رب العالمين على جميع نعمه التي منَّ بها علي، وادعوه أبداً أن يتم هذه النعم بكرمه الذي لا ينقطع، وأشكره دوماً على ما سخره لي في حياتي العملية والعلمية.

وأخص بالذكر من هذه النعم منارات العلم التي أنارت لي الطريق وعلى رأسهم أستاذي الدكتور نور الحجايا، وكافة أساتذتي الأكارم الذين ما بخلوا عليَّ يوماً بعلمهم ومشورتهم.

وأتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة الدكتور مهند أبو مغلي، ومعلمي الدكتور جعفر المغربي، والدكتور الفاضل عبد العزيز اللصاصمة، لتكرمهم عليَّ بمناقشة رسالتي، فلهم ولكل الذين ساعدوني وأعانوني في إعداد رسالتي كل الشكر، ولا أنسى في النهاية أن أتقدم بالشكر إلى أخواني أعضاء الهيئة الإدارية في كلية الحقوق على مساعدتهم الدائمة لي خلال سنوات دراستي، وأتقدم بالشكر أخيراً لكل حملة لواء العلم في هذا البلد الخيّر.

نسيبة محمود العلاوي

فهرس المحتويات

الملخص

القانون الواجب التطبيق على الفصل التعسفي في التشريع الأردني

نسيبة محمود العلاوي

جامعة مؤتة، 2006

بدأ البحث بمقدمة حول أهمية قانون العمل عموماً، والفصل التعسفي خصوصاً فيما يثيره من مشاكل على الصعيد الدولي، لاسيما من ناحية تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، الأمر الذي دفعني إلى تناول هذا الموضوع في فصلين، تناولت في الفصل الأول الفصل التعسفي وقسمته إلى ثلاثة أقسام، خصصت الأول لتحديد مفهوم الفصل التعسفي ومعاييره وحالاته، والثاني فقد تم تخصيصه لإثبات الفصل التعسفي وتحديد الجزاء المترتب عليه، أما الثالث فقد تناولت فيه موضوع الطبيعة القانونية للفصل التعسفي والأساس القانوني لنظرية التعسف.

وجاء الفصل الثاني تحت عنوان تحديد القانون الذي يحكم الفصل التعسفي، وقمت بتقسيمه إلى قسمين، تناولت في الأول قواعد الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية ومدى ملائمتها للانطباق على الفصل التعسفي، أما الثاني فكان بعنوان الفصل التعسفي وقواعد البوليس في القانون الأردني.

وقد ختمت هذه الدراسة بخاتمة بينت فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها.

Abstract

The Applicable Law in Abusive Dismissal of Employee

Nusaiba Mahmood El-Elawi
Mu'tah University, 2006

This reseach consists of two chapters preceded by an introduction, the introduction highlights the importance of labor law in general and the abusive dismissal in particular with more emphasis on the issues involved on the international level.

The first chapter deals with defining abusive dismissal, its types and ageist such abusive dismissal. In this chapter, the legal nature of abusive dismissal has also been dealt with.

The second chapter, examines the applicable law on abusive dismissal of employee in two subsections: the first deals with the exclusive rules of contractual commitments, and how much those rules are applicable in the abusive dismissal.

The second, deals with the abusive dismissal and police rules in the Jordanian law.

This study ends with a conclusion which consist of results and recommendations.

الفصل الأول

الفصل التعسفي

1.1 المقدمة:

إن تحقيق العدالة وإيجاد نقطة توازن بين مصالح كل من طرفي عقد العمل – العامل وصاحب العمل– هو الهدف الذي سعت له مختلف دول العالم عنـدما زادت من تدخلها في علاقات العمل عن طريق سن تشريعات قانونية آمـرة تـنظم هـذه العلاقات الخاصة في محاولةٍ منها للتقليل والحد من مبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي للأفراد الحرية الكاملة في تنظيم العقود واختيار القانون الذي يحكمها، وخاصة عقد العمل من حيث تكوينه وترتيب آثاره، الأمر الذي يؤدي إلى الاختلال وعدم التوازن بين مصلحتي العامل وصاحب العمل، وذلك نظراً للتفاوت بين مركز كل منهما على اعتبار أن العامل هو الطرف الضعيف في عقد العمل نظراً لحاجته الماسة للمحافظة على فرصة العمل المتاحة له تحت أي ظرف، الأمر الذي دفـع المـشرع للتـدخل بنصوص آمرة في قانون العمل حفاظاً منه على مصلحة العامل أولاً، وتوخياً لتحقيق أكبر قدر من التوازن في هذه العلاقة ثانياً.

وبناءً على ما سبق فقد جاء قانون العمل بقواعد آمرة تنظم الفصل التعـسفي للعامل، وتحافظ على الحد الأدنى من الحقوق الخاصة به باعتبار هذا الحد من النظام العام الذي لا يجوز التنازل عنه أو حرمان العامل منه، الأمر الذي أدى إلى اعتبار قواعد قانون العمل من قواعد البوليس ضرورية التطبيق بمعزل عن منهج تنـازع القوانين الذي يتم استبعاده في هذه الحالة، إذ على القاضي أن يطبق قـانون العمـل على النزاع المعروض عليه، خاصة القواعد المنظمة منه للفصل التعـسفي علـى المسألة محل النزاع، وذلك بوصف هذه القواعد من قواعد البوليس نظـراً لتـوافر شروط انطباقها، من حيث توافر الصلة العقلانية بينها وبين موضـوع النـزاع، إذ تحقق في هذه الحالة الهدف الذي سعى له المشرع ، والمتمثل في حمايـة العامـل بوصفه الطرف الضعيف، إضافة لتوافر شرط عدم مخالفة قانون العمل الذي يريـد الانطباق للنظام العام في دولة القاضي، وذلك على اعتبار أنه لا يؤدي إلى النـزول عن الحد الأدنى من الحقوق التي يكفلها القانون للعامل في عقود العمل الدولية.

ونظراً لما تثيره مسألة الفصل التعسفي للعامل في عقود العمل الدولية من ناحية القانون الواجب التطبيق عليه بين قائل بضرورة تطبيق القانون الوطني باعتباره قانون بوليس وبين قائل بإمكانية استبعاد القانون الوطني وتطبيق القانون الأجنبي عليه بوصفه قانون بوليس يريد الانطباق، سواءً أكان هو القانون المختص بحكم هذه العلاقة بمقتضى منهج التنازع أم قانوناً أجنبياً لم تشر له قواعد التنازع. وبناءً على ما سبق بات من الضروري بحث مسألة القانون الواجب التطبيق على الفصل التعسفي في هذه الرسالة لما له من أهمية كبيرة خاصة في ظل الانفتاح الاقتصادي وتشعب علاقات العمل الدولية، واتصالها بنظام أكثر من دولة في محاولة لإيجاد ضوابط إسناد تناسب طبيعة عقد العمل الدولي.

وحتى يتسنى لهذه الرسالة الوصول إلى ما تهدف إليه من حلول كان لا بد من التعرض للمسائل التالية من خلال خطة البحث التي جاءت في فصلين: الفصل الأول: الفصل التعسفي، والفصل الثاني: تحديد القانون الذي يحكم الفصل التعسفي.

هذا وقد تم التوصل إلى نتائج وتوصيات في خاتمة البحث بهدف إيجاد أفضل الحلول التي تحقق الأهداف التي توخاها المشرع عند وضعه لقانون العمل، خاصةً ما يتعلق منه بالفصل التعسفي للعامل في علاقات العمل الفردية المشوبة بعنصر أجنبي.

لما كانت مسألة تحديد قانون الواجب التطبيق على العلاقات الدولية المشوبة بعنصر أجنبي من أهم المسائل التي يهتم بها القانون الدولي الخاص باعتبار هذا الفرع من القانون الفرع المختص بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية، ولما كانت عقود العمل الفردية المتضمنة عنصراً أجنبياً صورةً من صور هذه العلاقات الخاصة –وخاصة منها مسألة الفصل التعسفي للعامل– إذ لا تثار مسألة الفصل التعسفي إلا بصدد عقود العمل غير محددة المدة فقط، نظراً لخصوصية هذا العقد المتمثل في حق أي من طرفيه في إنهائه في أي وقت، بشرط إشعار الطرف الآخر، وعليه فإننا سنخصص هذه الدراسة لبحث المقصود بالفصل التعسفي في التشريع الأردني في الفصل الأول.

وبما أنَّ العامل هو الطرف الأضعف في علاقة العمل، وطبقة العمال هي الطبقة المستهدفة بالحماية من المشرع؛ إذ أن توفير الاستقرار لهذه الطبقة اقتصادياً واجتماعياً ينعكس إيجاباً على مستوى الدولة الحضاري وتقدمها، لهذا رأت الدول سن تشريعات قانونية تنظم علاقات أصحاب العمل بالعمال وخاصة منها ما يتعلق بانتهاء عقد العمل، أسبابه، ونتائجه، والحقوق المترتبة عليه، وقد أفردت هذه التشريعات أيضاً قواعد خاصة لمعالجة حالة تخلي صاحب العمل عن العامل بشكل تعسفي، أي عندما يتم إنهاء العقد غير محدد المدة بصورة تعسفية، ونظراً لأهمية إنهاء العقد غير محدد المدة بصورة تعسفية، فقد جاء قانون العمل الأردني رقم (8) لسنة (1996) وتعديلاته بنصوص خاصة عالج فيها موضوع الفصل التعسفي[1].

2.1 تحديد مفهوم الفصل التعسفي ومعاييره وحالاته المنصوص عليها في القانون الأردني:

نظراً لما يثيره مفهوم الفصل التعسفي خاصة في عقود العمل الدولية من إشكاليات عند البحث عن القانون الواجب التطبيق عليه، فإنه يغدو من الضروري التعرف على مفهوم الفصل التعسفي ومعاييره وحالاته في القانون الأردني.

1.2.1 مفهوم الفصل التعسفي:

تنقسم عقود العمل إلى عقود عمل محددة المدة، وعقود عمل غير محددة المدة، وتكمن أهمية التمييز بينهما في موضوع جواز إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، إذ أنه في العقود غير محددة المدة يجوز إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين سنداً للمادة (23/أ) من قانون العمل الأردني، شريطة إشعار الطرف الآخر خطياً

---

[1] قانون العمل الأردني رقم (8) لسنة (1996) وتعديلاته المنشور على الصفحة (1173)، من عدد الجريدة الرسمية رقم (4113)، الصادر بتاريخ (1996/04/16) وتعديلاته، انظر: المواد (23/أ، 23، 25، 27، 28، 29).

برغبته في إنهاء العقد قبل شهر واحد من إنهائه[1]، أو دون إشعار في حالات معينة نص عليها قانون العمل تجيز إنهاء العقد دون إشعار[2] ودون أن يعتبر الفصل تعسفياً.

أما العقد محدد المدة فلا يجوز إنهاؤه قبل انتهاء مدته إلا باتفاق الطرفين[3]، فإذا أنهى أي من طرفي عقد العمل محدد المدة العقد قبل انقضاء مدته أو قبل إنجاز العمل المتفق عليه إن كان لعمل معين[4] مع عدم توافر أي سبب قانوني لانقضاء عقد العمل[5]، كان تصرفه غير مشروع ويلزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر

---

[1] تنص الماد (23/أ) من قانون العمل الأردني على الآتي: "إذا رغب أحد الطرفين في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة فيترتب عليه إشعار الطرف الآخر خطياً برغبته في إنهاء العقد قبل شهر واحد على الأقل، ولا يجوز سحب الإشعار إلا بموافقة الطرفين".

[2] انظر المواد (28، 29، 31) من قانون العمل الأردني.

[3] د.أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، عمان، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 1998، ص137.

[4] تتحدد مدة العقد إما صراحةً أو ضمناً بأن يتراضى الطرفان على تاريخ محدد تنتهي فيه الرابطة التعاقدية، أو إذا اتفقا على أن يبقى العقد مبرماً بينهما لمدة معينة أو لحين إنجاز عمل معين، وقد جاء ذلك في المادة (21/ب) من قانون العمل الأردني، التي نصت على: "ينتهي عقد العمل بأي من الحالات التالية: ...ب. إذا انتهت مدة عقد العمل أو انتهى العمل نفسه"، وهذا ما نصت عليه المادة (1/828) من القانون المدني الأردني بقولها: "ينتهي عقد العمل بانقضاء المدة المحددة له ما لم يشترط تجديده، كما ينتهي بإنجاز العمل المتفق عليه".

[5] ينقضي عقد العمل بنوعيه لأسباب عامة تشترك فيها كافة العقود، ذكرها قانون العمل والقانون المدني الأردني، فقد جاء في المادة (21) من قانون العمل أنه: "ينتهي عقد العمل في أي من الحالات التالية: أ. إذا اتفق الطرفان على إنهائه، ب. إذا انتهت مدة عقد العمل أو انتهى العمل نفسه، ج. إذا توفي العامل أو أقعده مرض أو عجز عن العمل، وثبت ذلك بتقرير طبي صادر عن المرجع الطبي". وقد ذكرت المادة (22) من قانون العمل أن عقد العمل ينتهي إذا توفي صاحب العمل وكانت شخصيته معتبرة في العقد، وذلك بقولها: "لا ينتهي عقد العمل بسبب وفاة صاحب العمل إلا إذا روعي في العقد شخصية صاحب العمل"، وبناءً على ما سبق فإن عقد العمل ينتهي لأسباب عامة تتمثل بالآتي:

أولاً: انتهاء المدة المحددة له أو إنجاز العمل المتفق عليه.

ثانياً: اتفاق الطرفان على إنهائه.

ثالثاً: وفاة العامل، أو وفاة صاحب العمل إذا روعيت شخصيته عند إبرام العقد، وتنتقل حقوق العامل لورثته الشرعيين عند وفاته.

الذي أصابه نتيجة هذا الإنهاء غير المشروع لعقد العمل[1]، ليكون بذلك الطرف المنهي للعقد مسؤولاً تجاه الطرف الآخر بسبب إخلاله بالتزامه المتمثل في تنفيذ العقد طوال المدة المتفق عليها[2].

وتقوم هذه المسؤولية على أساس استحالة محل الإنهاء استحالةً قانونية، إذ أن كل متعاقد باتفاقه على الارتباط بالعقد لمدة معينة قد جعل الرجوع في ذلك الالتزام بالإرادة المنفردة مستحيلاً استحالة قانونية، مما يترتب عليه قيام مسؤولية الطرف المنهي بمواجهة الطرف الآخر على أساس المسؤولية العقدية، الأمر الذي يرتب تعويض الطرف المضرور عن هذا الإنهاء، غير المشروع في عقد العمل محدد المدة[3].

أما الفصل التعسفي فهو لا يرد إلاَّ على العقود غير محددة المدة لارتباطه بحق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد عاقديه كسبب خاص لإنهائه منعاً لتأبيده، إذ يعتبر تأبيد العقد مخالفاً لمبادئ الحرية الشخصية التي كفلها الدستور في المادة السابعة منه، والتي تنص على أن "الحرية الشخصية مصونة"[4].

رابعاً: الفسخ، عندما لا يقوم أحد الطرفين بالوفاء بالتزاماته يجوز للطرف الآخر المطالبة بالفسخ بعد إعذار الطرف الممتنع عن التنفيذ.

خامساً: استحالة التنفيذ: إذا استحال على العامل تنفيذ العمل بصورة مطلقة بسبب لا يعزى إليه ينتهي عقد العمل، أما إذا كانت الاستحالة مؤقتة، كأن يعتقل العامل فترة معينة فإن العقد يتوقف طوال فترة الاستحالة المؤقتة، ويستأنف العقد برجوع العامل لعمله بعد زوال سبب الوقف. وينتهي عقد العمل بسبب صاحب العمل دون ترتب أي مسؤولية عليه تجاه العامل إذا كانت استحالة تنفيذ العمل خارجة عن إرادة صاحب العمل.

بخصوص ما سبق راجع في ذلك تفصيلاً: د.أحمد عبد الكريم أبو شنب، (شرح قانون العمل الجديد)، مرجع سابق، ص222، 264؛ د.غالب علي الداوودي، شرح قانون العمل الأردني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 1990، ص132.

(1) د.فتحي المرصفاوي، أصول قانون العمل، عقد العمل، المكتبة الوطنية، ليبيا، 1973، ص415.

(2) د.محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، دار النهضة، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1983، ص524.

(3) د.فتحي المرصفاوي، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص450.

(4) الدستور الأردني، دستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة (1952) المنشور على الصفحة رقم 3، من عدد الجريدة رقم 1093، الصادر بتاريخ: 1952/01/08.

إن عدم تأبيد العقد استجابة للنية المشتركة للمتعاقدين له فوائد لكل من طرفي العقد[1]؛ فهو يعطي صاحب العمل حرية إنهاء بعض عقود العمل إذا اقتضت ذلك الضرورات الاقتصادية أو حسن سير العمل في المنشأة، أما العامل فهي تمكنه من انتهاز أي فرصة أفضل قد تعرض له للحصول على عمل أفضل أو أجر أكبر، أو ممارسة العمل الخاص به في مشروعه الخاص[2].

ومتى كان الإنهاء بالإرادة المنفردة من قبل العامل سمي ذلك الإنهاء استقالة[3]، أما إذا كان من جانب صاحب العمل، فإنه يسمى فصلاً[4]، والإنهاء بالإرادة المنفردة للعقد غير محدد المدة يتخذ أحد طريقين، كما حدد ذلك المشرع الأردني في قانون العمل الجديد رقم (8) لسنة (1986) وتعديلاته، فقد يكون هذا الإنهاء:

أولاً: بإشعار، كما حددت ذلك المادة (23/أ) من قانون العمل، التي تنص على أنه: "إذا رغب أحد الطرفين في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة، فيترتب عليه إشعار الطرف الآخر خطياً برغبته في إنهاء العقد قبل شهر واحد على الأقل، ولا يجوز سحب الإشعار إلا بموافقة الطرفين".

ثانياً: إنهاء عقد العمل غير محدد المدة دون توجيه إشعار، وذلك في حالات محددة حصراً[5] ذكرها قانون العمل في المادة (28) التي حددت الحالات التي يجوز

---

(1) د.حسن كيرة، أصول قانون العمل، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1969، ص632.

(2) د.محمد عبد القادر الحاج، شرح قانون العمل اليمني الجديد، مطابع دار المجد للطباعة والنشر، صنعاء، 1996، ص277–278؛ د.منصور العتوم، منازعات العمل الفردية، إنهاء عقد العمل، محاضرة ألقيت على المحامين المتدربين، نقابة المحامين، 2004/04/06.

(3) تمييز حقوق رقم (895/2004)، تاريخ (2004/08/08)، إذا قدم المميز استقالته ولم يفصل من العمل دون مبرر أو تعسفاً بالمعنى المحدد بالمادة (25) من قانون العمل، فإن المميز لا يحق له قانوناً المطالبة ببدل الإشعار وبدل الفصل التعسفي.

(4) د.فتحي المرصفاوي، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص452.

(5) محكمة تمييز حقوق رقم (575/1999)، تاريخ (1999/09/23)، المجلة القضائية، ص544/9، لسنة (1999)، "إن الاجتهاد القضائي قد استقر على أن الفصل التعسفي للعامل هو الذي يصدر عن صاحب العمل لإنهاء استخدام العامل لديه في غير الحالات التي يجوز معها لصاحب العمل إنهاء خدمات العامل،

فيها لصاحب العمل إنهاء العقد بإرادته المنفردة، والمادة (29) التي حددت فيها الحالات التي يجوز فيها للعامل ترك العمل دون إشعار، فإذا قام أي من طرفي العقد بإنهاء العقد بإرادته المنفردة دون توجيه إشعار ودون سبب مشروع نص عليه قانون العمل، عُدَّ إنهاؤه هذا إنهاءً تعسفياً، وهذا ما جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية القاضي بـــ"إن فصل المميزة للمميز ضده دون سبب مشروع وقبل أن تبلغه إشعاراً بإنهاء عمله يعتبر فصلاً تعسفياً يستحق معه بدل الإشعار وبدل الفصل التعسفي"[1].

وقد جاء في قرار آخر لمحكمة التمييز ما يلي: "إن الفصل يكون تعسفياً إذا لم يثبت رب العمل أنه تم وفق الإجراءات المنصوص عليها بالمادة (31) من قانون العمل أو بالمادة (28) من نفس القانون، – وطالما أن كتاب الفصل المتضمن فصل المدعي لم يسند بأي بينة تثبت بأن وزارة العمل قد بلِّغت أن هناك ظروف اقتصادية أو فنية كتقليص حجم العمل أو استبدال نظام الإنتاج، أو التوقف عن العمل نهائياً، تستدعي فصل عدد من العمال، إذ الجواز الذي جاءت فيه المادة (31/أ) بإنهاء عقود العمل غير المحدد المدة توجب توفر الأسباب كلها أو بعضها؛ – وبما أنه انتفى شرط الإخبار أو الإشعار، كما أن الفصل طال المدعي وحده، والقانون أجاز أن يكون إنهاء العقود لكل العمال أو لبعضهم، ولكون الفصل لم يتم بالاستناد إلى أي سبب من أسباب الفصل المنصوص عليها في المادة (28)، فهو يكون تعسفياً يستحق المميز ضده الحكم له ببدل فصل تعسفي وفق نص المادة (25) من قانون العمل"[2].

وحيث أن المادة (28) من قانون العمل رقم (8) لسنة (1999)، الواجب التطبيق قد حددت على سبيل الحصر الحالات التي تجيز لصاحب العمل إنهاء استخدام العامل حيث أن أياً من هذه الحالات لم تتوفر في الدعوى فيكون إنهاء استخدام المدعي غير مستند إلى مبرر، ويعتبر فصلاً تعسفياً موجباً للتعويض.

انظر القرارات التالية: تمييز حقوق رقم (4080/2004)، تاريخ (2005/03/10)؛ تمييز حقوق رقم (3735/2004)، تاريخ (2005/02/07)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

[1] تمييز حقوق رقم (2520/1999)، تاريخ (2000/04/10)، منشور على الصفحة (323/4) من المجلة القضائية لسنة 2000.

[2] تمييز حقوق رقم (2311/1999)، تاريخ (2000/02/29)، منشور على الصفحة (222/2) من المجلة القضائية لسنة 2000.

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز ما يلي: "استقر اجتهاد محكمة التمييز منذ صدور قرار الهيئة العامة رقم (3038/ 2002) على أن الفصل يكون تعسفياً إذا وقع بلا مبرر، ولم يكن بسبب إحدى الحالات التي نص عليها قانون العمل والتي يجوز معها لصاحب العمل إنهاء خدمات العامل، بحيث إذا لم تتوافر إحدى هذه الحالات يكون الفصل حينئذٍ تعسفياً بما يتفق والمعنى المقصود من المادة (25) من قانون العمل، ويتوجب التعويض، ومن جهة أخرى فإن اعتبار الفصل تعسفياً أو مبرراً هو من مسائل الواقع تستقل به محكمة الموضوع، وحيث أن المميزة لم تقدم أي بينة تبرر فصل العامل سوى بلوغه سن الستين، فإن إنهاء عقد العمل يكون والحالة هذه إنهاءً غير مبررٍ"[1].

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز أنه "يستفاد من المادة 23/أ، 25، 27، 28، 29، من قانون العمل أن عقد العمل غير محدد المدة ليس أبدياً، وقد أجاز المشرع إنهاءه بناءً على رغبة أحد الطرفين، إلاَّ أنه ومراعاة منه لمصلحة العامل باعتباره الطرف الضعيف في هذا العقد فقد أورد المشرع جملة من القيود والضوابط على استعمال الحق بإنهاء العقد، منها: عدم جواز إنهاء عقد عمل المرأة الحامل، أو العامل المكلف بخدمة العلم، أو أثناء الإجازات، وهي الحالات الواردة في المادة (27) من قانون العمل، ومنها أيضاً وجوب توجيه إشعار بإنهاء العقد قبل شهر واحد على الأقل، الذي أوردته المادة (23) من ذات القانون، واستثناءً من أحكام هذه المادة، فقد أجاز المشرع لصاحب العمل فصل العامل دون إشعار في بعض الحالات التي أوردتها المادة (28) من ذات القانون، كما أجاز للعامل ترك العمل دون إشعار في الحالات المبينة في المادة (29) منه"[2].

إضافةً لما سبق يكون الفصل تعسفياً رغم توجيه إشعار الإنهاء في المواعيد القانونية –في ظل غياب تحديد المقصود بالتعسف في قانون العمل– استناداً إلى ما

---

[1] تمييز حقوق رقم (2412/2004)، تاريخ (2005/01/11)، وانظر القرارات (2003/3038)، (2003/1974)، والقرار رقم (2003/3712)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

[2] تمييز حقوق رقم (1158/2004)، هيئة عامة تاريخ (2005/01/13)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، www.adaleh.com.

جاء في القانون المدني من أحكام خاصة بالتعسف في استعمال الحق من خلال المادتين (61، 62) من القانون المدني، فقد جاء في المادة (61) منه أن: "بجواز الشرعي يتافى الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر"، ونصت المادة (2/66) من القانون نفسه على المعايير التي يعتمد عليها عند الحكم بالتعسف، وعليه فإن فصل العامل في حال توجيه إشعار له يكون تعسفياً إذا توافرت إحدى المعايير التي نصت عليها المادة (2/66)، ومثال ذلك أن يتم فصل عامل بعد توجيه إشعار له بالإنهاء، وكانت مدة خدمته طويلة وتنصه فترة وجيزة لاستكمال حصوله على بعض حقوقه مثل أن يتبقى له فترة بسيطة لاستكمال حقه في تعويضات الضمان مثلاً، ومن غير المؤمل قبول أي صاحب عمل له ليعمل عنده لبلوغه سن متقدمة من العمر، ففي هذه الحالة فإن الإنهاء وإن كان تم بصورة مطابقة لما اشترطه قانون العمل إلا أنه يشوبه عيب التعسف في استعمال الحق[1].

بناءً على ما سبق يتحدد مفهوم الفصل التعسفي بأنه كل إنهاء لعقد العمل غير محدد المدة دون توجيه إشعار ودون توافر إحدى الحالات التي تبرر الإنهاء المشروع لعقد العمل، كما نص عليها قانون العمل الأردني.

بعد أن انتهينا من تحديد مفهوم الفصل التعسفي بشكل عام، بات من اللازم تحديد المعايير التي يعتمد عليها لمعرفة ما إذا كان الفصل تعسفياً أم لا؟

2.2.1 معايير الفصل التعسفي:

يعد الفصل التعسفي صورة من صور التعسف في استعمال الحق[2]، لذلك تعددت المعايير التي يمكن الاعتماد عليها للتمييز بين الإنهاء التعسفي والإنهاء

---

(1) هشام رفعت هاشم، شرح قانون العمل الأردني، الطبعة الثانية، عمان، 1990، ص320-323.

(2) عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، دار الحداثة، بيروت، ص13؛ وانظر د.فتحي المرصفاوي، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص462، فقرة 335؛ وانظر: د.حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص771.

المشروع لعقد العمل، وانقسمت المعايير التي قيلت بشأن التعسف في استعمال الحق وتوزعت حول معيارين:

المعيار الأول: يريد أن يضيِّق من نظرية التعسف في استعمال الحق، فأقام التعسف على معيار شخصي، أما المعيار الثاني فيتوسع في هذه النظرية، فقد أقامها على معيار موضوعي.

المعيار الشخصي:

يقوم هذا المعيار على قصد الإضرار الذي يجب أن يتوافر لدى صاحب الحق عند مباشرته لحقه[1].

إلاَّ أن لهذا المعيار مآخذ[2] تتمثل في قيامه على العامل النفسي، الذي يصعب على القاضي التثبت منه فهو لا يستطيع البحث في خلجات النفس وبواعثها الحقيقية للوصول إلى هذه النية السيئة، وترك القاضي يبحث عن النية الداخليَّة، يؤدي إلى التحكم من قبله، لذلك كثيراً ما يعتبر انتفاء المصلحة لصاحب الحق قرينة على قصد الإضرار بالغير[3].

ومن عيوب هذا المعيار أنه قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة؛ فصاحب العمل الذي يرفض استخدام أي عامل نقابي لا يقصد الإضرار بالعامل، طالما أن العامل مجهولاً عنه بصفة عامة فكيف يتصور ذهاب قصده للإضرار بهذا العامل[4].

ويؤخذ على هذا المعيار أنه لا يصلح دائماً للحكم بوجود التعسف في إنهاء العقد، إذ ليس كل ضرر يلحق بالغير عن قصد يدخل في إطار نظرية التعسف في استعمال الحقوق، فهنالك بعض الحقوق التي تفترض ممارستها بالضرورة نيَّة الإضرار بالغير؛ لأن الحياة في المجتمع تكون مستحيلة إذا لم تتحمل بعض الأضرار غير المفرطة؛ كأضرار الجوار العادية، وكذلك الأضرار المترتبة على

---

(1) د.جعفر المغربي، الفصل التعسفي في قانون العمل الأردني، مجلة روح القوانين، مطبعة جامعة طنطا، العدد 32، 2004، ص786؛ عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص61.

(2) عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص60 وما بعدها.

(3) د.عدنان إبراهيم السرحان، د.نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2000، ص405.

(4)عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص62 وما بعدها.

رفع دعوى قضائية؛ إذ لا بد أن تلحق بالخصم أضراراً مادية أو معنوية، لذلك يعتبر هذا المعيار من ناحية واسعاً جداً، ومن ناحية أخرى يعتبر نفس المعيار ضيقاً جداً؛ لأنَّه يترك العديد من الاحتمالات حينما يمارس الشخص بعض حقوقه بكل تبصر وعناية ويُحكم عليه رغم ذلك بتعويض الضرر، كأضرار الجوار غير العادية[1].

من هنا ونتيجة لهذه الانتقادات التي وجِّهت للمعيار الشخصي تم البحث عن معيار آخر يمكن من خلاله تحديد حالات التعسف في استعمال الحق، وبناءً عليه تم اللجوء إلى المعيار الموضوعي.

المعيار الموضوعي:

لا يقف المعيار الموضوعي عند حد البحث عن النية أو قصد صاحب الحق الأمر الذي يصعب على القاضي التثبت منه، وإنّما يتجاوز ذلك باستعمال معايير مادية بحيث يسهل على القاضي التثبت من وجود التعسف وتوسع هذه المعايير من مجال النظرية لحماية الأفراد من الآثار الوخيمة التي تلحق بهم نتيجة اعتبار الحقوق مطلقة، ومن صور المعيار الموضوعي:

1. الهدف الاجتماعي للحق:

أساس هذا المعيار يتمثل في الغرض الاجتماعي للحقوق، أي أن معيار التعسف يكمن في هدف الحق، فالحقوق ما هي إلاَّ وظائف اجتماعية[2]، وبالتالي يجب استعمالها على الوجه الذي يحقق الغرض منها، فإذا خرج صاحب الحق عن هذا الهدف كان متعسفاً لخروجه عن روح وغرض الحق الذي أنشئ من أجله.

لذا يشترط في استعمال رب العمل لحقه في إنهاء عقد العمل أن يكون فعله منسجماً مع الهدف الاجتماعي للحق وإلاَّ فإنَّ فعله لا يستحق الحماية ويضمن تبعاً لذلك ما ينشأ عن فعله من تعسف.

ويؤخذ على هذا المعيار أنه يفتح الباب أمام الأهواء الشخصية للقضاة؛ لأن كل قاضي سوف يفسر الغاية الاجتماعية للحق حسب مفهومه الشخصي لغاية الحق،

---

(1) عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص63.

(2) د.أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار المعارف، القاهرة، 1963، ص108.

كما أنه قاصر عن استيعاب جميع حالات التعسف، ومن العسير رسم هدف اجتماعي محدد لكل حق[1].

وأمام النقد الموجه لمعيار الغرض الاجتماعي للحق تم البحث عن معيار موضوعي آخر، هو:

2. المصلحة غير المشروعة:

مقتضى هذا المعيار أن الحقوق وسائل لتحقيق غايات مشروعة، وأن استعمال الحق دون مصلحة، أو من أجل مصلحة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناجم عن استعمال الحق، يؤدي إلى اعتبار صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه، بالإضافة إلى انعدام المصلحة أو تفاهتها في استعمال هذا الحق؛ لأنَّ هذا الاستعمال لمجرد الإضرار هو استعمال للحق بغير مصلحة تعود على صاحبه، ويستخلص هذا المعيار من تعريف الحق بأنَّه: "مصلحة معينة مرسومة الحدود يحميها القانون"[2]، والقانون لا يحمي إلاَّ المصالح المشروعة.

فمتى كانت المصلحة التي يسعى لتحقيقها صاحب الحق غير مشروعة يكون متعسفاً في استعمال حقه، إذ أن المنطق السليم يقتضي بأنه لا بد أن يستهدف صاحب الحق عند ممارسته للحق تحقيق مصالح مشروعة.

ومن الملاحظ أن بعض التشريعات كالتشريعين المصري والأردني قد أخذا بكلا المعيارين، وذلك لقصور أحد المعيارين عن استيعاب جميع حالات التعسف.

وهذا يتضح من نصوص القانون المدني في كل منهما: فالمادة الخامسة من القانون المدني المصري والمادة (66) من القانون المدني الأردني قد أخذتا بكلا المعيارين.

موقف المشرع الأردني من معايير التعسف:

حدد المشرع الأردني في المادة (66) من القانون المدني الأردني متى يكون استعمال الحق مشروعاً ومتى لا يكون كذلك، وبين كذلك المعايير القانونية التي يتم

---

(1) عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاس التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص65.

(2) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص810.

الاحتكام إليها لتحديد مدى مشروعية استعمال الحق من عدمه، وجاءت هذه المعايير على النحو التالي:

1. قصد التعدي (المعيار الشخصي أو الذاتي).
2. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة (المعيار الموضوعي)[1].
3. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.
4. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

ويتبين من خلال النَّص أن المشرع قد أخذ بكلا المعيارين الشخصي والموضوعي، وتدخل في المادة (25) من قانون العمل الأردني ليعطي للفصل التعسفي معياراً محدداً جمع فيه بين الفصل التعسفي ومخالفة أحكام القانون، وهذا يتضح من تواتر أحكام محكمة التمييز بهذا الشأن فقد جاء في قرار لها أنَّه: "استقر اجتهاد محكمة التمييز منذ صدور قرار الهيئة العامة رقم (2002/3038) على أن الفصل يكون تعسفياً إذا وقع بلا مبرر، ولم يكن بسبب إحدى الحالات التي نص عليها قانون العمل"[2]، وجاء في قرارٍ آخر أنه: "جرى قضاء محكمة التمييز على أن الفصل يكون تعسفياً إذا وقع بلا مبرر ولم يكن بسبب إحدى الحالات التي نص عليها قانون العمل والتي يجوز معها لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل بحيث إذا لم تتوفر إحدى هذه الحالات وقام صاحب العمل رغم ذلك بفصل العامل يكون عندئذ تعسفياً ويستحق التعويض بما يتفق ومفهوم المادة (25) من قانون العمل"[3].

ومن ثمَّ فإنه يعد تعسفياً كل إنهاء يقوم به صاحب العمل للعقد إذا تم دون إشعار، ولم تنطبق على العامل أي من الحالات المنصوص عليها قانوناً أو من الحالات المنصوص عليها في القانون ويؤيد ذلك ما جاء في قرار محكمة التمييز

---

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، نقابة المحامين، الطبعة الثانية، مطبعة التوفيق، عمان، 1985، ص82.

(2) تمييز حقوق رقم (3412/2004) تاريخ (2005/01/11)؛ والقرار رقم (2002/3038)، والقرار رقم (2003/1974)، والقرار رقم (2003/3712)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

(3) تمييز حقوق رقم (4362/2003) تاريخ (2004/05/10)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

القاضي بأنه: "يستفاد من نص المادة (28) من قانون العمل أن فصل العامل من عمله يكون مبرراً في أي حالة من الحالات التي عددتها المادة المذكورة، فإذا وقع لغير حالة من هذه الحالات كان الفصل تعسفياً وأن محاكم الموضوع تستقل باستخلاص الوقائع وتطبيق القانون عليها[1].

وقد أوجد المشرع الأردني في قانون العمل أربعة تطبيقات للفصل التعسفي بحيث اعتبر فيها إنهاء صاحب العمل للعقد فصلاً تعسفياً حتى لو تم ذلك الإنهاء بإشعار، وبذلك لا يكون القاضي في هذه الحالات في حاجة إلى بحث وجود التعسف وتقديره، وإنما مجرد إنهاء العقد مع قيام الحالة التي نص عليها القانون يُعد قرينة لا تقبل إثبات العكس على أن إنهاء العقد كان تعسفياً[2]، وهذه الحالات تم ذكرها في المادة (24) من قانون العمل الخاصة بفصل العامل لأسباب تتصل بالشكاوى والمطالبات التي تقدم بها إلى الجهات المختصة والمتعلقة بتطبيق هذا القانون، والحالات الأخرى نصت عليها المادة (27/أ) من قانون العمل والخاصة بفصل العامل في فترة خدمة العلم، وفصل المرأة الحامل ابتداءاً من الشهر السادس من الحمل أو أثناء إجازة الأمومة، وفصل العامل في أثناء فترة إجازته السنوية أو المرضية أو الإجازات الممنوحة له لأغراض الثقافة العمالية أو الحج أو الإجازات المتفق عليها مع رب العمل.

3.2.1 حالات الفصل التعسفي:

لم ينص المشرع الأردني على حالات الفصل التعسفي صراحة في قانون العمل الأردني، ولكنه نص على الحالات التي يكون فيها الإنهاء مشروعاً ومبرراً، وقد ورد ذكر هذه الحالات في المواد (23/أ، 29، 31، 35) من قانون العمل

---

[1] تمييز حقوق رقم (4332/2003) تاريخ (2004/05/11)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

[2] د.فتحي المرصفاوي، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، فقرة 337، ص467.

الأردني[1]، وعليه فإنه بمفهوم المخالفة لهذه المواد إذا كان إنهاء عقد العمل غير محدد المدة لا تبرره إحدى هذه الحالات فإنه يعد غير مبرر، وتعسفياً ومخالفاً لأحكام القانون.

وبذلك يكون كل إنهاء يقوم به صاحب العمل للعقد فصلاً تعسفياً إذا تم بدون إشعار ولم تنطبق على العامل أي من الحالات المنصوص عليها في المادة (28)[2]، وهذا ما يسمى الفصل الصريح من قبل صاحب العمل للعامل، إلاَّ أنَّه من الملاحظ أنه في حالات معينة يقوم فيها صاحب العمل بدفع العامل إلى ترك العمل نتيجة مسلك صاحب العمل غير المبرر أو غير المشروع تجاه العامل، الأمر الذي يبدو معه ظاهرياً أن العامل هو الذي ترك العمل[3]، وقد نص التشريع المصري على هذه الحالة في المادة (1/696) من القانون المدني والتي نصت على أنه: "يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل، ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل، إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته، وعلى الأخص بمعاملته الجائرة، أو مخالفته شروط العقد إلى أن يكون هو في الظاهر الذي أنهى العقد".

ويواجه هذا النص ما يحصل كثيراً في الواقع من تحايل صاحب العمل للإفلات من حكم التعسف في الإنهاء، وذلك بامتناعه عن إنهاء العقد مباشرة من جانبه بالاكتفاء بإتباع مسلك غير مبرر أو غير مشروع من شأنه دفع العامل دفعاً إلى الإنهاء بحيث يبدو أن العامل هو المنهي للعقد ظاهرياً، في حين أن المنهي الفعلي للعقد هو صاحب العمل، وفي هذه الحالة يجب على العامل التوصل إلى إثبات أن صاحب العمل قد سلك نحوه مسلكاً غير مبررٍ أو غير مشروعٍ من شأنه دفعه إلى إنهاء العقد[4].

---

(1) انظر ما ورد سابقاً في القرار رقم (1158/2004)، هيئة عامة، تاريخ (2005/01/13)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

(2) د.أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، مرجع سابق، ص250.

(3) د.حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص779، فقرة 388.

(4) د.حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص782.

ونجد أنه في التشريع الأردني، وفي ضوء نصوص قانون العمل يمكن أن يوجد مكان للإنهاء التعسفي من قبل صاحب العمل بطريق غير مباشر إذا دفع صاحب العمل العامل لإنهاء العقد بسبب ما أوجده صاحب العمل من ظروف تدخل في نطاق المادة (29) من قانون العمل التي تجيز للعامل ترك العمل دون إشعار ليكون هو في الظاهر من أنهى العقد.

وقد أحسن المشرع الأردني حين أقرَّ هذا النص مع احتفاظه للعامل بحقوقه القانونية عند تركه للعمل، وهو بذلك قد اعترف بالفصل التعسفي بطريق غير مباشر، رغم أنه لم يطلق عليه لفظ التعسف.

وبهذا الصدد جاء في قرار حديث لمحكمة التمييز أنه: "تشير المادة (29/ج) من قانون العمل لحق العامل بترك العمل دون إشعار مع احتفاظه بحقوقه عند انتهاء الخدمة وما يترتب له من تعويضات عطل وضرر، وأنه من قبيل التعويض ما نصت عليه المادة (25) من قانون العمل نتيجة الفصل التعسفي، وهو كل فصل يكون خلافاً لأحكام قانون العمل"[1].

ففي هذه الحالة اعتبرت المحكمة بما لها من سلطة في تقدير البينات ووزنها أن الفصل في هذه الحالة تعسفياً بالإشارة إلى نص المادة (29/ج) التي أباحت للعامل ترك العمل دون إشعار مع الاحتفاظ له بحقوقه القانونية، واعتبرت أنه من قبيل التعويض المنصوص عليه في هذه المادة التعويضات المخصصة للعامل في حالة فصله تعسفياً بموجب نص المادة (25) من قانون العمل، على اعتبار أن العامل فصل من العمل فصلاً ضمنياً، وقد أحسنت المحكمة بسلوكها هذا المسلك لما فيه من حماية لمصلحة العامل.

وكانت المحكمة في أحكام سابقة لها لم تحكم بأن إنهاء عقد العمل لتوافر أحد أسباب المادة (29) يعتبر فصلاً تعسفياً، فقد جاء في قرار لها[2] أن "تخفيض أجر

---

[1] تمييز حقوق رقم (3124/2004) تاريخ (2005/02/23)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

[2] تمييز حقوق رقم (2686/2001) تاريخ (2002/01/27)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com..

العامل لا يشكل بحد ذاته فصلاً تعسفياً، يستحق معه التعويض عليه في المادة (25) من قانون العمل؛ لأن المادة (29) من ذات القانون حفظت له حقه من تعويضات العطل والضرر".

فلا يعتبر كل تخفيض لأجر العامل فصلاً تعسفياً، وللمحكمة أن تقدر الحالات التي يعتبر فيها الفصل تعسفياً دون رقابة عليها من محكمة التمييز.

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز أنه: "وجدت المحكمة أن المدة التي كان يتعين أن يعملها المدعي يومياً أخذاً بعين الاعتبار طبيعة عمله فوق طاقته، ذلك لأن استخدام العامل مدة (22) ساعة يومياً هي فوق طاقة الإنسان العادي وقدراته، فيكون بالتالي القرار بإلزام الشركة المدعى عليها والتي طلبت من المدعي الاستمرار بالعمل (22) ساعة يومياً ببدل الفصل التعسفي والإشعار هو في محله ولا ينال من ذلك ما دونه الشاهد من عبارة المخالصة بعدم قدرة المدعي على مجاراة طبيعة عمل الشركة، إذ لا يجوز أن تكون طبيعة العمل في أي شركة تشغيل العامل بما يخالف القانون لمدة (22) ساعة يومياً"[(1)].

ويلاحظ أن المحكمة لم تعتبر كل إنهاء لعقد العمل بموجب المادة (29) من قانون العمل فصلاً تعسفياً يستوجب دفع بدل الإشعار والفصل التعسفي، وإنَّما كان تقدير التعسف من عدمه متروك في كل حكم لتقدير المحكمة بما لها من سلطة في تقدير البينات ووزنها، ويُحمد لمحكمة التمييز سلوكها في اعتبار أن بدل الفصل التعسفي وبدل الإشعار المنصوص عليهما في المادة (25) من قانون العمل هو من الحقوق والتعويضات التي يستحقها العامل إذا ترك العمل وفقاً لنص المادة (29) من قانون العمل.

مما سبق شرحه ومن تواتر أحكام محكمة التمييز فإن حالات الفصل التعسفي كما جرى اجتهاد محكمة التمييز في أحكامها هي كما نصت عليها قرارات هذه المحكمة: "جرى الاجتهاد القضائي كما يتضح من قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز رقم (2002/1608) الصادر بتاريخ (2002/08/25)، على أن الفصل يكون تعسفياً

---

(1) تمييز حقوق رقم (1059/1999) تاريخ (1999/09/23) المنشور على الصفحة (527) من مجلة نقابة المحامين لسنة 2000.

إذا وقع بلا مبرر ولم يكن بسبب أحد الحالات التي نص عليها قانون العمل والتي يجوز معها لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل، وحيث أن المستفاد من المادة (28) من ذات القانون أن الفصل يكون مبرراً في أي حالة من الحالات التي عددتها المادة المذكورة، فإذا وقع لغير حالة من هذه الحالات التي نص عليها قانون العمل يكون الفصل تعسفياً، بناءً على ضوء ما ورد في قرار الهيئة العامة المشار إليه وحيث أن إنهاء خدمات المميز ضدها لم يكن لأي حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة (28) المذكورة، فإن إنهاء عملها يشكل فصلاً تعسفياً"[1]، فكل فصل خلافاً لقانون العمل يعتبر تعسفياً[2].

وقد نص المشرع الأردني في قانون العمل على تطبيقات تشريعية للفصل التعسفي بحيث لو توافرت إحداها فإنه تقوم قرينة لا تقبل إثبات العكس على أن إنهاء العقد كان تعسفياً، حتى لو تم بإشعار.

وسنتولى تالياً توضيح الحالات التي نص المشرع الأردني فيها على حالات الإنهاء المشروع لعقد العمل التي استوجب المشرع فيها أن يكون إنهاء عقد العمل بإشعار موضحين المقصود بالإشعار، ومدته القانونية، وأساس هذه المدة، وشكل الإشعار، وأثر الإشعار على عقد العمل، وما هو المقصود ببدل الإشعار، ومن ثم نذكر الحالات التي أجاز فيها المشرع الأردني إنهاء عقد العمل دون إشعار، وأخيراً نذكر الحالات التي اكتفى المشرع بها لتدل بذاتها على الفصل التعسفي، إذ أن المشرع اعتبر الإنهاء بسببها فصلاً تعسفياً دون الخوض في معايير التعسف، فمتى توافرت اعتبر الفصل حينها تعسفياً، أي أن المشرع قد أوجد بهذه الحالات الأربع تطبيقات تشريعية للفصل التعسفي، ونورد فيما يلي حالات انتهاء عقد العمل غير محدد المدة والتي يعتبر مخالفتها إنهاء غير مشروعٍ.

---

[1] تمييز حقوق رقم (4170/2004) تاريخ (2005/02/21) والقرار رقم (2412/2004) تاريخ (01/11/2005)، والقرار رقم (4362/2003) تاريخ (2004/05/10)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

[2] تمييز حقوق رقم (4170/2004) تاريخ (2005/02/21) والقرار رقم (2412/2004) تاريخ (01/11/2005)، والقرار رقم (4362/2003) تاريخ (2004/05/10)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

انتهاء العقد غير محدد المدة بإشعار:

ينتهي عقد العمل غير محدد المدة بالإرادة المنفردة لأحد عاقديه، إلاَّ أنه ومحافظة من المشرع على مصلحة طرفي العقد، وخاصة العامل فقد أورد المشرع قيوداً على استعمال هذا الحق، تتمثل بقيدين، هما[1]:

أ. الإخطار السابق بالإنهاء.

ب. عدم التعسف في إنهاء عقد العمل.

ومتى توافر القيدان السابقان، فإن عقد العمل ينتهي ولا يحتاج هذا الإنهاء لقبول أو موافقة من الطرف الآخر، الذي وصله إخطار الإنهاء، فالإنهاء يتم بالإرادة المنفردة للراغب فيه، وبناءً على ذلك فاستقالة العامل تؤدي إلى انتهاء عقد العمل غير محدد المدة، ولو لم يقبلها صاحب العمل، فالقبول ليس شرطاً لإنتاج الاستقالة أثرها[2].

وبخصو توجيه الإشعار فقد نصت المادة (807) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا لم تكن المدة محددة في العقد جاز لكل من طرفيه أن يفسخه في أي وقت، بشرط أن يعلن الطرف الآخر في المواعيد المحددة في القوانين الخاصة"، ونصت المادة (23/أ) من قانون العمل الأردني على أنه: "إذا رغب أحد الطرفين في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة فيترتب عليه إشعار الطرف الآخر خطياً برغبته في إنهاء العقد قبل شهر واحد على الأقل، ولا يجوز سحب الإشعار إلا بموافقة الطرفين".

وتوجيه الإشعار تصرف قانوني من جانب واحد يقصد به الإفصاح عن الرغبة في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة، وما دام الإخطار تصرفاً قانونياً، فيجب أن يكون صريحاً باعتباره كذلك، فيجب أن يصدر من صاحب الشأن أو ممثله

---

[1] د.حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص633؛ وكذلك د.محمد عبد القادر الحاج، شرح قانون العمل اليمني الجديد، مرجع سابق، ص278؛ وكذلك د.محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص532، 537.

[2] د.محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص537.

القانوني[1]، لذا ينبغي أن يصدر الإشعار عن ذي أهلية، وممن له صفة قانونية؛ حتى يعتبر صحيحاً كأي تصرف قانوني، فلا يجوز أن يصدر عن مجرد مشرف على العمال، وإنما يجب أن يكون صادراً عن صاحب العمل أو ممثله، وإذا كان صادراً عن العامل فلا بد أن يصدر عنه أو عن وكيله المفوض بذلك، ولا يتصور وفق تعريف المادة الثانية من قانون العمل للعامل أن يكون العامل إلاَّ شخصاً طبيعياً، أما صاحب العمل فمن الممكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وفي هذه الحالة يجب أن يصدر الإشعار عن جهة ذات صلاحية في الإنهاء.

وبوصف الإنهاء بالإرادة المنفردة تصرفاً قانونياً، فلا يجوز الرجوع فيه، بل يرتب أثره بمجرد صدوره وإبلاغ الطرف الآخر به، ولا بد أن يكون الإشعار مفصحاً عن الرغبة في إنهاء العقد بطريقة باتة وجازمة، ولا تحتاج إلى تفسير أو تأويل[2]، ولا يكفي توجيه أو تنبيه أو تكرار مطالبه بتحسين العمل أو تخييره بين الإبقاء على العقد أو إنهائه إذا لم ترضه ظروف العمل؛ لأن هذه الأمور لا تفصح عن النية في الإنهاء[3].

ومدة الإخطار مدة جامدة، وليست مدة تقادم، فلا يمكن أن ترد عليها أسباب الانقطاع أو الوقف، ولو حتى بسبب القوة القاهرة[4].

ومن المهم جداً في هذا السياق التطرق إلى بعض الأمور الهامة المتعلقة بالإشعار من حيث أساس مدة الإشعار وشكل الإشعار، وأثره على عقد العمل، وما المقصود ببدل الإشعار في النقاط التالية:

---

(1) د.أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، مرجع سابق، ص224؛ وكذلك د.فتحي المرصفاوي، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص456.

(2) د.فتحي المرصفاوي، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص456؛ كذلك د.محمود جمال الدين زكي، قانون العمل الكويتي، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1971، ص297.

(3) د.محمود جمال الدين زكي، قانون العمل الكويتي، مرجع سابق، ص298.

(4) د.فتحي المرصفاوي، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص458؛ وانظر: د.محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص541؛ وانظر: د.حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص639، فقرة رقم 254.

أولاً: أساس مدة الإشعار:

تجد مهلة الإشعار أساسها القانوني في نص المادة (807) من القانون المدني الأردني التي نصت على أنه: "إذا لم تكن المدة محددة في العقد جاز لكل من طرفيه أن يفسخه في أي وقت، بشرط أن يعلن الطرف الآخر في المواعيد المحددة في القوانين الخاصة"، وجاءت المادة (23/أ) من قانون العمل الأردني لتحدد مدة الإشعار طبقاً لذلك بقولها: "إذا رغب أحد الطرفين في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة فيترتب عليه إشعار الطرف الآخر خطياً برغبته في إنهاء العقد قبل شهر واحد على الأقل، ولا يجوز سحب الإشعار إلا بموافقة الطرفين".

والأصل العام في عقد العمل أن الإشعار يتعلق في جميع حالات الإنهاء بالإرادة المنفردة إلاّ أنه استثناءً توجد حالات لا يتوجب فيها الإشعار، فينتهي العقد فور صدور الإرادة المنفردة بالإنهاء دون تطلب مدة سابقة لذلك، كما في عقد العمل تحت شرط التجربة، وحالة انفساخ العقد بقوة القانون، وحالة الفصل التأديبي، وحالة ترك العامل للعمل بسبب تصرفات صاحب العمل[1].

ثانياً: المدة القانونية للإشعار:

حدد المشرع مدة الإشعار بمقتضى المادة (23/أ) من قانون العمل، حيث أنه يتوجب بمقتضى هذا النص على الطرف الذي يرغب في إنهاء عقد العمل أن يُشعر الطرف الآخر برغبته هذه قبل شهر واحد على الأقل من التاريخ الذي يحدده لإنهاء العقد[2].

ولا يجوز لأي من الطرفين تخفيض هذه المدة عن مدة الشهر المنصوص عليها، كما لا يجوز لهما الاتفاق على ذلك، وإن كانت عبارة النص "قبل شهر واحد على الأقل"، في هذه المادة تسمح بإطالتها، فإن السماح بإطالة المدة من حيث المبدأ

---

[1] د.عامر محمد علي، شرح قانون العمل الأردني، المركز القومي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1999، ص202؛ وانظر: د.أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الأردني الجديد، مرجع سابق، ص227.

[2] تمييز حقوق رقم (3568/2004)، تاريخ (2005/02/17)؛ والقرار رقم (2613/2004)، تاريخ (2005/01/09) تمييز حقوق، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

مشروط بعدم الإضرار بمصلحة العامل، سواء أكان الإشعار مقدماً من العامل أم من صاحب العمل، طالما أن مدة الإشعار مدفوعة الأجر، فإذا اتُّفق على مدة أطول، فلا يمكن استناداً للمادة (23/أ) القول ببطلان هذا الاتفاق بالنسبة للمدة الزائدة عن شهر، لكن قد يتضرر العامل في حال إطالة مدة الإشعار من كونه سيجبر على الالتزام بالمدة الزائدة ولو فرضنا أنه وجد عملاً خلال مدة الإشعار فإنه سيضطر إلى ترك العمل للالتحاق بعمل جديد قبل انتهاء مدة الإشعار مما سيعرضه لأن يدفع لصاحب العمل تعويضاً يعادل أجره عن الفترة المتبقية من الإشعار، بالإضافة لحرمانه من أجره عنها استناداً إلى نص المادة (23/د) من قانون العمل الأردني، لذا أرى أنه من الأفضل لمصلحة العامل أن لا يسمح بإطالة المدة إذا كان مقدم الإشعار هو العامل[1].

ثالثاً: شكل الإشعار:

في حين لم يتضمن قانون العمل الملغى أية أحكام تتعلق بشكل الإشعار نجد أن المادة (23/أ) من قانون العمل الأردني الجديد أوجبت أن يكون الإشعار خطياً، مما يفيد في حسم المنازعات بهذا الشأن فيما لو سمح أن يكون الإشعار شفوياً[2]، ويستخلص من استلزام الكتابة أن المشرع قد جعلها ركناً لوجود الإشعار.

رابعاً: بدل الإشعار:

نميز هنا فيما يخص بدل الإشعار بين حالتيـــن أولاهما: إذا كان الإشعار صادراً عن صاحب العمل، فهو مخير بين أن يدفع للعامل أجره عن مدة الإشعار كاملة، مع إعفائه من العمل خلال مدة الإشعار، أو أن يشغله طيلة مدة الإشعار باستثناء آخر سبعة أيام منها، فالعامل يحق له أن يترك العمل فيها، مع التزام رب العمل بدفع الأجر كاملاً خلال مدة الإشعار، استناداً إلى نص الفقرة (ج) من المادة

---

[1] انظر بخصوص مدة الإشعار: د.حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص638-639؛ وانظر: د.محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص541.

[2] د.أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، مرجع سابق، ص229.

(23) من قانون العمل الأردني، والأجر هو عبارة عن أجر العامل مضافاً إليه جميع الاستحقاقات باستثناء الأجور عن العمل الإضافي[1].

أما في الحالة الثانية: إذا كان الإشعار مقدماً من العامل فيتوجب عليه الاستمرار في عمله طيلة مدة الإشعار مقابل أجره كاملاً، وإذا ترك العمل قبل انقضاء مدة الإشعار فلا يستحق أجراً عن الفترة التي ترك بها العمل، بل عليه أن يدفع تعويضاً لصاحب العمل عن تلك الفترة بما يعادل أجره عنها وفقاً للفقرة (د) من المادة (23) من قانون العمل الأردني، ويبرر ذلك أن العامل لا يقدم إشعاراً برغبته في إنهاء العقد، إلا إذا وجد عملاً آخر، لذا حماية لمصلحة صاحب العمل قدر المشرع أن ترك العامل للعمل قبل انتهاء مدة الشهر أضر بمصلحة رب العمل، ورتب على ذلك تعويضاً لصاحب العمل بما يساوي أجر العامل عن مدة الترك قبل اكتمال الشهر.

خامساً: أثر الإشعار على عقد العمل:

يترتب على توجيه الإشعار من أحد طرفي العقد للآخر الآثار التالية:

1. عدم جواز سحب الإشعار: لما كان الإنهاء بالإرادة المنفردة تصرفاً قانونياً يتوجب فيه توافر كل الشرائط القانونية المطلوبة لقيام وصحة التصرفات القانونية[2]، فإنه يترتب على وصول قرار الإنهاء عن طريق الإشعار إلى علم الطرف الآخر عدم جواز سحب الإشعار والرجوع عنه ممن أرسله، إذا أصر الطرف الآخر عليه، لكن يجوز قبل انتهاء مهلة الإشعار أن يتفق الطرفان على إزالة أثر الإشعار، وبالتالي الاستمرار في العقد، حسبما جاء في الفقرة (أ) من المادة (23) من قانون العمل الأردني: "...ولا يجوز سحب الإشعار إلا بموافقة الطرفين"، أما إذا انتهت مهلة الإشعار وعاد العامل لعمله تعتبر عودة العامل لعمله استخداماً جديداً بعقد جديد.

---

[1] المادة (2) من قانون العمل الأردني.

[2] د.همام محمد محمود، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1987، ص490؛ وانظر: د.فتحي المرصفاوي، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص459.

2. استمرار العقد قائماً حتى نهاية مهلة الإشعار واعتبار مدة الإشعار من مدة الخدمة: نصت على ذلك المادة (23/ب) من قانون العمل الأردني بقولها "يبقى عقد العمل ساري المفعول طوال مدة الإشعار، وتعتبر مدة الإشعار من مدة الخدمة"، وبالتالي تبقى التزامات كل طرف قائمة تجاه الآخر[1]، مع مراعاة حق العامل بترك العمل في آخر سبعة أيام من مدة الإشعار إذا كان الإشعار مقدماً من قبل صاحب العمل، أما إذا ترك العامل العمل قبل انقضاء مهلة الإشعار – إذا كان هو مقدمه عليه أن يدفع تعويضاً لصاحب العمل عن مدة الترك، ويترتب على ذلك أن مدة الإشعار تعتبر من مدة الخدمة، بصرف النظر عن مقدم الإشعار، انطلاقاً من إطلاق نص الفقرة (ب) من المادة (23) من قانون العمل[2].
3. انتهاء العقد فور انقضاء مهلة الإشعار: ينتهي العقد بانقضاء مهلة الإشعار بغير حاجة إلى أي إجراء آخر، وبالتالي تنتهي علاقة العمل، وما يترتب عليها من آثار قانونية، ولا يغير الإشعار من وصف العقد، فلا يحوله إلى عقد محدد المدة؛ لأنه تصرف منفرد، بينما يحتاج تغيير وصف العقد إلى توافق الإرادتين[3].

فإذا استمر طرفا العقد في تنفيذه بعد انقضاء مهلة الإشعار، تعين الكشف عن نيتهما المشتركة لتبين ما إذا كانت متجهة إلى التجدد الضمني للعقد القديم بما يعتبر عقداً جديداً[4].

الحالات التي ينتهي فيها عقد العمل محدد المدة دون إشعار:

انتهاء عقد العمل غير محدد المدة دون إشعار نصت عليه المادة (28) من قانون العمل حيث بينت الحالات التي يجوز فيها لصاحب العمل فصل العامل فصلاً

---

(1) د.أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، مرجع سابق، ص230.

(2) تمييز حقوق رقم (3568/2004)، تاريخ (2005/02/17).

(3) د.منصور العتوم، منازعات العمل الفردية، إنهاء عقد العمل، محاضرة ألقيت على المحامين المتدربين، نقابة المحامين، ص6؛ وانظر: د.أحمد أبو شنب، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص230.

(4) د.همام محمد محمود، قانون العمل، عقد العمل الفردي، مرجع سابق، ص493.

تأديبياً دون إشعار إذا توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها في هذه المادة، وهي "لصاحب العمل فصل العامل دون إشعار وذلك في أي من الحالات التالية:

أ. إذا انتحل العامل شخصية أو هوية غيره أو قدم شهادات أو وثائق مزورة بقصد جلب المنفعة لنفسه أو الإضرار بغيره.

ب. إذا لم يقم العامل بالوفاء بالالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد العمل.

ج. إذا ارتكب العامل خطأً نشأ عنه خسارة مادية جسيمة بشرط أن يبلغ صاحب العمل الجهة أو الجهات المختصة بالحادث خلال خمسة أيام من وقت علمه بوقوعه.

د. إذا خالف العامل النظام الداخلي للمؤسسة بما في ذلك شروط سلامة العمل والعمال رغم إنذاره كتابه مرتين.

ه. إذا تغيب العامل دون سبب مشروع أكثر من عشرين يوماً متقطعة خلال السنة الواحدة أو أكثر من عشرة أيام متتالية على أن يسبق الفصل إنذار كتابي يرسل بالبريد المسجل على عنوانه وينشر في إحدى الصحف اليومية المحلية مرة واحدة.

و. إذا أفشى العامل الأسرار الخاصة بالعمل.

ز. إذا أدين العامل بحكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية بجناية أو جنحة ماسة بالشرف والأخلاق العامة.

ح. إذا وجد أثناء العمل في حالة سكر بين أو متأثراً بما تعاطاه من مادة مخدرة أو مؤثر عقلي أو ارتكب عملاً مخلاً بالآداب العامة في مكان العمل.

ط. إذا اعتدى العامل على صاحب العمل أو المدير المسؤول أو أحد رؤسائه أو أي عامل أو على أي شخص آخر أثناء العمل أو بسببه، وذلك بالضرب أو التحقير".

وقد ذكرت كذلك المادة (29) من قانون العمل الحالات التي أباحت فيها للعامل ترك العمل دون إشعار مع احتفاظه بكافة حقوقه القانونية بقولها: "يحق للعامل أن يترك العمل دون إشعار مع احتفاظه بحقوقه القانونية عن انتهاء الخدمة وما يترتب له من تعويضات عطل وضرر وذلك في أي من الحالات التالية:

أ. استخدامه في عمل يختلف في نوعه اختلافاً بيناً عن العمل الذي اتفق على استخدامه فيه بمقتضى عقد العمل على أن تراعى في ذلك أحكام المادة (17) من هذا القانون.

ب. استخدامه بصورة تدعو إلى تغيير محل إقامته الدائم إلا إذا نص في العقد على جواز ذلك.

ج. نقله إلى عمل آخر في درجة أدنى من العمل الذي اتفق على استخدامه فيه.

د. تخفيض أجره، على أن تراعى أحكام المادة (14) من هذا القانون.

ه. إذا ثبت بتقرير طبي صادر عن مرجع طبي أن استمراره في العمل من شأنه تهديد صحته.

و. إذا اعتدى صاحب العمل أو من يمثله عليه في أثناء العمل أو بسببه، وذلك بالضرب أو التحقير.

ز. إذا تخلف صاحب العمل عن تنفيذ أي حكم من أحكام هذا القانون أو أي نظام صادر بمقتضاه، شريطة أن يكون قد تلقى إشعاراً من جهة مختصة في الوزارة تطلب فيه التقيد بتلك الأحكام.

ومن الجدير بالذكر أن هذه الحالات قد وردت حصراً في قانون العمل، ولا يجوز إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة في غيرها من الحالات، دون توجيه إشعار، وتسري أحكام هاتين المادتين على عقود العمل بنوعيها محددة وغير محددة المدة[1].

ويتم إنهاء عقد العمل في هذه الحالات دون الرجوع للقضاء، إلا أن الحق في هذا الإنهاء يخضع لرقابة القضاء إذا تأذى الطرف الآخر، ولجأ إلى المحكمة ليثبت أن الإنهاء لم يكن في محله ولم يكن له ما يبرره[2].

---

(1) د.أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، مرجع سابق، ص231، 241؛ وانظر: د.فتحي المرصفاوي، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص419، 434؛ وكذلك راجع: أكثم الخولي، دروس في قانون العمل، القاهرة، ص381، مذكور في المرصفاوي، ص420، هامش رقم (1).

(2) محكمة تمييز حقوق رقم (1158/2004) (هيئة عامة)، تاريخ (2005/01/13)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

ويترتب على إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة من قبل صاحب العمل في العقد غير محدد المدة بموجب المادة (28) من قانون العمل أن يستحق العامل مكافأة نهاية الخدمة إذا لم يكن خاضعاً للضمان الاجتماعي بخلاف القانون القديم، أما إذا كان العقد محدد المدة وأنهاه صاحب العمل بموجب نفس المادة، فلا يستحق العامل مكافأة نهاية الخدمة حسب الأصل، حتى ولو لم يكن خاضعاً للضمان الاجتماعي، ولا يحق له المطالبة بأجور المدة المتبقية.

أما في حالة ما إذا أنهى العامل عقد العمل دون توجيه إشعار بموجب المادة (29) من قانون العمل التي تنص على: "يحق للعامل أن يترك العمل دون إشعار مع احتفاظه بحقوقه القانونية عند انتهاء الخدمة، وما يترتب له من تعويضات عطل وضرر في أي من الحالات التالية..."، ويفهم من هذا النص كأن صاحب العمل قد فصل العامل فصلاً تعسفياً ضمنياً، أي هو الذي دفعه إلى ترك العمل، وبالتالي يستحق العامل تعويضاً عن عطله وضرره إذا كان العقد غير محدد المدة، بالإضافة إلى مكافأة نهاية الخدمة للعامل في العقد غير محدد المدة، إذا لم يكن خاضعاً للضمان الاجتماعي.

حالات الإنهاء غير المشروع المنصوص عليها في المادتين (24، 27) من قانون العمل الأردني:

نص المشرع الأردني على أربع حالات للإنهاء يكون فيها التعسف واضحاً وظاهراً، فنص على تحريم إنهاء العقد إذا توافرت إحداها، وإذا حدثت كان صاحب العمل متعسفاً، ومعنى ذلك أن هذه الحالات التي نص عليها المشرع صراحة لا يكون القاضي فيها بحاجة إلى البحث عن وجود التعسف وتقديره، وإنما مجرد إنهاء العقد مع قيام هذه الحالة التي يشير إليها النص يُعد قرينة لا تقبل إثبات العكس على قيام التعسف، وهي:

أ. الحالات التي نصت عليها المادة (27/أ):

1. المرأة العاملة الحامل ابتداءً من الشهر السادس من حملها أو خلال إجازة الأمومة: نص المشرع على اعتبار الإنهاء الصادر من رب العمل للمرأة العاملة

إذا كانت حامل في الشهر السادس من حملها أو خلال إجازة الأمومة إنهاءً تعسفياً حتى وإن كان قد أشعرها بذلك.

أمّا في حالة إجازة الأمومة فإنَّه لا يحق لرب العمل إنهاء العقد، وإذا انتهت مدة العقد خلال هذه الإجازة يعتبر العقد ممتد حكماً، وعلى ذلك إذا أنهى رب العمل العقد خلال إجازة الأمومة الفصل تعسفياً.

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز أنَّه: "نصت المادة (27/أ) من قانون العمل صراحة على عدم جواز إنهاء خدمة المرأة العاملة الحامل ابتداءً من الشهر السادس من حملها أو خلال إجازة الأمومة أو توجيه إشعار بإنهاء خدماتها خلال تلك المدة، وعليه لا يصح أنه لم يكن فصل المدعية تعسفياً بمقولة أن المدعية وجهت لها إشعاراً بذلك، ذلك أن قانون العمل فيما أمر أو نهى عنه لتحقيق مصلحة للعامل أو تقرير حق له هي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويعتبر التصرف المخالف بهذه النصوص باطلاً ويحق للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها...، وعليه يكون فصل هذه العاملة تعسفياً وتستحق معه التعويض المنصوص عليه في المادة (25) من قانون العمل"[1].

2. إنهاء عقد العامل المكلَّف بخدمة العلم أو الخدمة الاحتياطية في أثناء قيامه بهذه الخدمة.

نظمت هذه الحالة المادة (27/أ/2) ومنعت رب العمل من إنهاء عقد العمل إذا كان العامل مكلفاً بخدمة العلم، أو بالخدمة الاحتياطية، بل إن العقد يوقف سريانه خلال هذه المدة، فإذا انتهت خدمته هذه عاد إلى عمله إن كان العقد غير محدد المدة، وإن كان العقد محدد المدة عاد ليكمل ما تبقى من مدته، أما خلال مدة الوقف (خلال فترة الخدمة الاحتياطية أو خدمة العلم) فلا يمكن لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل بسبب أدائه الخدمة الاحتياطية أو خدمة العلم، وإلاَّ عدّ هذا الإنهاء فصلاً تعسفياً، مع حق صاحب العمل في إيقاف أجر العامل خلال مدة الخدمة عملاً بقاعدة أن الأجر مقابل العمل، وهذا ما قضت به محكمة التمييز بقولها "من المبادئ القانونية المسلم

---

[1] تمييز حقوق رقم (2298/1998) تاريخ (1999/03/31) المنشور على الصفحة (1856) مجلة نقابة المحامين لسنة (1999).

بها أن العامل لا يستحق أجره إلا إذا كان قد أدى العمل تنفيذاً للعقد، وعليه لا يحكم له بالأجر عن أشهر لم يعمل بها لأسباب لا تعود لخطأ صاحب العمل"[1].

3. إنهاء عقد العمل أثناء إجازة العامل السنوية أو المرضية أو الإجازة الممنوحة لأغراض الثقافة العملية أو الحج أو في أثناء الإجازة المتفق عليها بين الطرفين للتفرغ للعمل النقابي أو الالتحاق بمعهد أو كلية أو جامعة معترف بها[2].

ولا يجوز لرب العمل إنهاء عقد العمل متى كان العامل في إحدى هذه الإجازات، وإذا أنهاه كان إنهاؤه تعسفياً ولو كان ذلك بإشعار.

إن عدم الإجازة لصاحب العمل في إنهاء عقد العامل أو توجيه إشعار إليه لإنهاء خدمته مشروطاً بعدم عمل العامل أو العاملة خلال المدة المنصوص عليها في المادة (27/أ) عمل آخر، فإذا قام العامل بعمل خلال المدة السابقة، فإن المشرع قد أعطى لصاحب العمل الحق في إنهاء عقد العامل، دون أن يعد هذا الفصل فصلاً تعسفياً.

ب. الحالة الرابعة المنصوص عليها في المادة (24):

إنهاء العقد بسبب تقدم العامل بشكاوى أو طلبات إلى الجهات المختصة، فلا يجوز فصل العامل أو اتخاذ أي إجراء تأديبي بحقه فيما لو تقدم بشكوى إلى وزارة العمل أو أي جهة أخرى كالقضاء ضد أي إجراء اتخذه رب العمل بحقه يتعلق بواجبات رب العمل أو حقوق العامل المنصوص عليها في القانون، وكان الفصل بسبب هذه الشكوى، فإن الفصل في هذه الحالة يعتبر تعسفياً وغير مشروع.

هذا مع مراعاة إذا وقع عملٌ غير مشروع من قبل العامل مخالفاً بذلك نص المادة (28) من قانون العمل فإن الإنهاء في هذه الحالة استناداً إلى المادتين المذكورتين يعتبر مبرراً ومشروعاً.

---

[1] راجع في ذلك حكم محكمة التمييز رقم (94/116) منشور في مجلة نقابة المحامين، 1994، ص1759.

[2] تطبيقاً لذلك انظر قرار تمييز حقوق رقم (2004/3222) تاريخ (2005/02/06)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

3.1 إثبات الفصل التعسفي والجزاء المترتب عليه:

يعرف الإثبات لغةً بأنه إقامة الحجة وإعطاء الدليل، أما في المعنى القانوني فهو إقامة الدليل أمام القضاء على صحة الواقعة المتنازع عليها بالطريقة التي حددها القانون، ويعتبر إثبات الفصل التعسفي من المسائل المهمة جداً في نطاق قانون العمل، وذلك لاتصاله اتصالاً وثيقاً بالحقوق العمالية التي تشكل حمايتها الهدف الأهم لقانون العمل.

فإذا قام الدليل على توافر الفصل التعسفي بالطرق القانونية المعتبرة، فما الجزاء في هذه الحالة؟

1.3.1 إثبات الفصل التعسفي:

يعرف الإثبات في معناه القانوني بأنه: تقديم الدليل أمام القاضي بالطرق الجائزة على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم[1]، وتقتضي القواعد العامة في الإثبات بأن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر[2]، وجاء في المادة (78) من القانون المدني الأردني "أن البينة لإثبات الظاهر واليمين لإبقاء الأصل".

فالذي يتحمل عبء الإثبات في الأصل هو المدعي، ومن يدعي شيئاً فإن عبء الإثبات يقع عليه[3]؛ بالتالي فإن من يدعي التعسف يقع على عاتقه عبء إثباته سواء أكان عاملاً أم صاحب عمل، فإذا ترك العامل العمل سنداً للمادة (29) من قانون العمل، فيجب عليه في هذه الحالة إثبات أن الفصل كان بصورة تعسفية[4]،

---

(1) د.محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1969، ص51؛ د.مفلح عواد القضاة، البينات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، عمان، (د.ن)، 1990، ص21.

(2) المادة (77) من القانون المدني الأردني.

(3) د.مفلح عواد القضاة، البينات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة، عمان، 1994، ص37.

(4) نقض مدني (1958/05/15)، الهواري، ص240، رقم 143 مذكور في: د.حسام الأهواني، شرح قانون العمل، دون ناشر، سنة 1991، ص677.

فالمبدأ هو أن من يدعي التعسف يلزم بإثباته[1]، ونجد أن المشرع المصري في المادة (7/75) من قانون العمل قد ألقى عبء إثبات الفصل التعسفي لأسباب نقابية أو بسبب النشاط النقابي على عاتق صاحب العمل، وليس على العامل مدعي التعسف، وذلك خلافاً للمبدأ العام الذي يقضي بأن عبء إثبات التعسف يقع على مدعيه، مما يدل على أن عناية المشرع بهذه الحالة بالذات، تعني قصده تخصيصها وحدها استثناءً بهذا الحكم المخالف للأصل[2].

بالإضافة إلى أن هناك تشريعات قد نصت صراحة على أن كل إنهاء لعقد العمل بالإرادة المنفردة لرب العمل خلافاً لقانون العمل يعد تعسفاً، إلاَّ إذا أثبت رب العمل أن الفصل كان لوجود سبب شرعي ومبرر[3].

ومن الملاحظ أن محكمة التمييز الأردنية لم تتقيد بالأصل العام في الإثبات القاضي بأن من يدعي التعسف مكلف بإثباته، بل وضعت على عاتق صاحب العمل إثبات أن فصله للعامل كان مستنداً إلى سبب صحيح بأن يثبت ارتكاب العامل مخالفة تستوجب فصله، فقد قضت المحكمة أنه "حددت المادة (28) من قانون العمل على سبيل الحصر الحالات التي يجوز لصاحب العمل إنهاء عمل العامل دون أن يكون الفصل تعسفياً، وأن المدعي عليها لم تثبت أي من تلك الحالات مما يجعل الفصل تعسفياً"[4].

ونرى أن هذا الاجتهاد لمحكمة التمييز اجتهاد موفق لتوافقه مع روح قانون العمل وغايته في حماية العامل الذي يعتبر الطرف الضعيف في عقد العمل، وحبذا

---

(1) د.محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص569، ويؤيده في الرأي د.توفيق حسن فرج، قانون العمل في القانون اللبناني والمصري، الدار الجامعية، سنة 1986، ص451؛ د.همام محمد محمود، قانون العمل، عقد العمل الفردي، مرجع سابق، ص519.

(2) د.حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص774؛ وانظر عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص367.

(3) المادة الخامسة من قانون جويلية (1966) الإيطالي (قانون العمل)، والمادة 57 من قانون العمل الإنجليزي، والمادة 57 من قانون العمل الجزائري بقولها: "...كل تسريح فردي تم خلافاً لأحكام هذه المادة يُعد تعسفياً ما لم يثبت صاحب العمل عكس ذلك".

(4) تمييز حقوق رقم (2004/3735) تاريخ (2005/02/07)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

لوساير المشرع في نصوصه ما ذهبت إليه أحكام القضاء التي فرضت على صاحب العمل أن يثبت أن فصله للعامل كان مستنداً لأحد الأسباب والحالات التي وردت في المادة (28) من قانون العمل الأردني أي أن يكون الفصل مبرراً، وإذا لم يستطع صاحب العمل أن يثبت أن العامل قام بإحدى هذه المخالفات المبررة لفصله، يكون الفصل حينئذٍ تعسفياً ومخالفاً لأحكام القانون[1].

وعلى صاحب العمل أن يثبت أن فصله للعامل كان له سبباً مشروعاً، ويتم ذلك بكافة وسائل الإثبات، وهذا مما تقتضيه الضرورات العملية، إذ أن طبيعة هذه الوقائع لا تقبل استلزام نوع معين من الأدلة، وإلاَّ استحال الإثبات في أغلب الحالات[2].

2.3.1 الجزاء المترتب على الفصل التعسفي:

إن الجزاء المترتب على صاحب العمل إذا فصل العامل فصلاً تعسفياً، وفقاً للمادة (25) من قانون العمل الأردني، يتمثل في أمرين: إما الحكم على صاحب العمل بإعادة العامل المفصول إلى عمله، أو بدفع تعويض له عن هذا الفصل، ويفهم من ذلك أن الجزاء المترتب على الفصل التعسفي يتخذ إحدى الصورتين التاليتين:

الصورة الأولى: تتعلق بإعادة العامل المفصول إلى عمله، والثانية تنصب حول دفع تعويض نقدي للعامل المفصول، وهاتين الصورتين سنبحثهما فيما يلي:

إعادة العامل المفصول إلى عمله:

يعتبر الحكم بإعادة العامل المفصول تعسفياً إلى عمله الأصلي تنفيذاً عينياً للعقد[3]، وذلك بإلزام صاحب العمل بإعادة العامل المفصول أو إجبار العامل المنهي

---

[1] د.محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص570؛ وراجع في الإثبات، خالد رشيد القيام، مبادئ في الأصول العامة لعلم القانون، الطبعة الثانية، 2002، ص323 وما بعدها.

[2] د.مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص29؛ آدم وهيب النداوي، دور المحاكم المدنية في الإثبات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، 1997، ص190-191؛ د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون البينات الجديد المعدل بالقانون رقم 37 لسنة 2001، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2004، ص42.

[3] د.جعفر المغربي، الفصل التعسفي في قانون العمل الأردني، مرجع سابق، ص798؛ وانظر: د.هشام رفعت هاشم، شرح قانون العمل الأردني، مكتبة المحتسب، الأردن، 1973، ص341.

على الاستمرار في خدمة صاحب العمل، ومن الملاحظ أن إجبار أي من طرفي عقد العمل على استئناف علاقة العمل أمر غير مقبول؛ لما فيه من اعتداء على الحرية الشخصية من ناحية، وإجبار ينتفي مع حسن التعاون المفترض بين العامل وصاحب العمل، ويشكل إخلالاً بهيبة صاحب العمل وسلطته على العمال من ناحية أخرى[1].

نلاحظ أن المشرع الأردني أجاز للمحكمة المختصة أن تحكم بإعادة العامل المفصول إلى عمله الأصلي بغض النظر عن سبب الفصل ما دام أن هذا الفصل كان تعسفياً، لكن بشرط أن يتقدم العامل بدعواه خلال ستين يوماً من تاريخ الفصل، فإن تراخى في تقديم دعواه خلال تلك المدة، فيمتنع على المحكمة أن تحكم بإعادته إلى عمله، وقد جرى الاجتهاد القضائي قديماً على أن الخيار بإعادة العامل إلى عمله هو لصاحب العمل وليس للعامل[2]، إلا أن محكمة التمييز عادت عن اجتهادها السابق وقضت أن الحكم بإعادة العامل المفصول يكون للمحكمة[3]، وذلك بعد دراسة جميع ظروف وملابسات الفصل ومصالح الخصوم، وقد قضت في حكم لها أنه: "يستفاد من المادة (25) من قانون العمل أن المشرع وبصراحة النص قد أعطى الخيار للمحكمة الناظرة للدعوى: 1. أن تأمر بإعادة العامل إلى عمله إذا تقدَّم بالدعوى خلال ستين يوماً من تاريخ انتهاء عمله، وأثبت العامل أن فصله كان تعسفياً، 2. أن تحكم للعامل بالتعويض عن الفصل التعسفي، وأن محاكم الموضوع تستطيع من خلال البينات المقدمة في الدعوى وما تستشفه من موقف المدعى عليه (رب العمل) من إمكانية إعادة العامل إلى عمله، وإن رأت أن هذه الإعادة غير ممكنة قضت بالتعويض عن الفصل التعسفي"[4].

---

[1] د.حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص817؛ وضاهر الغندور، الصرف التعسفي في القانون اللبناني، دار اقرأ للنشر، بيروت، ص58.

[2] د.عامر محمد علي، شرح قانون العمل الأردني، الأردن، مرجع سابق، 1999، ص228.

[3] تمييز حقوق رقم (95/273) مجلة نقابة المحامين، سنة 1996، ص2356.

[4] تمييز حقوق رقم (2003/4202) تاريخ (2004/04/27)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.؛ وانظر في نفس المعنى: د.أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، مرجع سابق، ص259.

ويشترط لإعادة العامل إلى عمله أن يتقدم بالدعوى خلال ستين يوماً من تاريخ تركه لعمله، وهذه المدة كما جرى الاجتهاد القضائي ليست مدة تقادم دعوى المطالبة بالتعويض عن الفصل التعسفي كما يُوحي بذلك التفسير اللغوي والحرفي لنص المادة (25)، وإنما هي لغايات إعادة العامل لعمله وليست مدة تقادم لدعوى المطالبة بالتعويض عن الفصل التعسفي، وعلى ذلك فإن دعوى المطالبة بالتعويض عن الفصل التعسفي تتقادم بمرور سنتين من تاريخ الفصل باعتبار أن الحق في التعويض عن الفصل التعسفي كغيره من الحقوق العمالية التي يرتبها قانون العمل ويخضع لمدة التقادم المنصوص عليها في المادة (138/ب) من قانون العمل، وهي سنتان تبدأ من تاريخ نشوء سبب المطالبة بتلك الحقوق، أما مدة الستين يوماً فهي مدة محددة بهدف مطالبة العامل بالعودة إلى عمله، وبالتالي فهذه المدة هي مدة سقوط لغايات إعادة العامل لعمله وليست مدة تقادم للمطالبة بحقوقه العمالية[1]، ومنها بدل الفصل التعسفي[2].

التعويض النقدي:

حددت المادة (25) من قانون العمل الأردني مقدار التعويض الذي يحصل عليه العامل نتيجة فصله تعسفياً حيث لا يقل عن أجور ثلاثة أشهر ولا يزيد على ستة أشهر، ويُحتسب على أساس آخر أجر تقاضاه العامل، ومحكمة الموضوع هي

---

(1) المراد بالتقادم: مضي مدة محددة قانوناً على الحق المستحق دون المطالبة به، بحيث يترتب على انقضائها (فواتها) سقوط حق الدائن بإقامة الدعوى للمطالبة بالحق، وعدم سماعها تجاه المدين، وقد جعله المشرع الأردني سبباً لعدم سماع الدعوى يتحول عندها حق الدائن الذي بذمة المدين إلى دين طبيعي لا يستطيع الدائن إجبار مدينه على الوفاء به، وقد عبر مشرعنا عن ذلك في المادة (449) من القانون المدني التي تنص على أنه: "لا ينقضي الحق بمرور الزمن، ولكن لا تُسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة".

أما مدد السقوط فهي: المدد أو المواعيد التي يحددها القانون للقيام بتصرف قانوني معين أو لممارسة حق معين بحيث يترتب على عدم مراعاتها اعتبار التصرف باطلاً وهي غير قابلة للوقف أو الانقطاع ولا يجوز التنازل عنها، وللقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه، راجع فيما سبق د.حسن الذنون؛ د.محمد الرحو، أحكام التزام، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2004، ص295، وص315.

(2) تمييز حقوق رقم (3616/2004) تاريخ (2005/03/06)؛ وانظر القرار رقم (3568/2004) تاريخ (2005/02/17)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

صاحبة الصلاحيَّة في تحديد مقدار التعويض عن الفصل التعسفي دون رقابة عليها من محكمة التمييز، بشرط أن يقع مقدار التعويض بين الحدين الأدنى والأعلى المنصوص عليهما في المادة السابق ذكرها، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز بما يلي: "أجاز المشرع لمحكمة الموضوع وفق أحكام المادة (25) من قانون العمل الحكم ببدل الفصل التعسفي بتعويض لا يقل عن أجر ثلاثة أشهر، ولا يزيد على ستة أشهر"[1]، وقضت في حكم آخر لها بأن: "الحكم بمقدار بدل الفصل التعسفي بين الحدين الأدنى والأعلى هي مسألة موضوعية تستقل بها محكمة الموضوع بما لها من صلاحية ولا معقب عليها في ذلك"[2].

ويؤخذ على مقدار التعويض المقرر في حالة الفصل التعسفي في قانون العمل الأردني، أنه مقيَّد بين حدين أدنى وأعلى بغض النظر عن مدة خدمة العامل لدى صاحب العمل، وأنه يساوي في التعويض بين عامل عمل لدى صاحب العمل مدة طويلة، وآخر عمل لمدة زمنية قصيرة، ولذلك نتمنى على مشرعنا أن يعدل هذه المادة بحيث يجعل مقدار التعويض لا يقل عن أجر شهرين من الأجر الإجمالي عن كل سنة من سنوات الخدمة مثلما ذهب إلى ذلك قانون العمل المصري في المادة (122) منه.

وأخيراً فإن العامل يستحق بالإضافة إلى مقدار هذا التعويض الحكم له ببدل الإشعار، وأيضاً مستحقاته الأخرى من صندوق الادخار أو التقاعد أو غيره، وكذلك مكافأة نهاية الخدمة إن لم يكن مشمولاً بالضمان الاجتماعي[3]، إلا إذا نص العقد على استحقاقه لمكافأة نهاية الخدمة.

---

(1) تمييز حقوق رقم (4170/2004)، تاريخ (2005/02/21)؛ وانظر القرار رقم (3568/2004)، تاريخ (2005/02/17)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

(2) تمييز حقوق رقم (2613/2004)، تاريخ (2005/01/09)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

(3) د.أحمد أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، مرجع سابق، ص260؛ وانظر: د.سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص438.

4.1 الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق وطبيعة المسؤولية المترتبة على الفصل التعسفي:

إن تحديد الأساس القانوني للفصل التعسفي للعامل في عقود العمل غير محدد المدة من الأمور الهامة جداً، لبيان ما إذا كانت المسؤولية المترتبة عليه تنتمي إلى طائفة المسائل التي تدخل في إطار المسؤولية التعاقدية ليحكمها قانون العقد، أم هي من المسائل التي تندرج تحت إطار المسؤولية التقصيرية ليحكمها القانون المحلي.

من الملاحظ أن طبيعة المسؤولية المترتبة على الفصل التعسفي قد لاقت الكثير من الخلاف والجدل على عكس المسؤولية المترتبة على الإنهاء غير المشروع لعقد العمل محدد المدة من قِبَل أي من طرفي العقد، فلا خلاف في أن المسؤولية الناشئة عن الإنهاء غير المشروع لعقد العمل محدد المدة، هي مسؤولية عقدية، ترتبت نتيجة الإخلال بالتزام عقدي يتمثل بضرورة احترام كل من طرفي العقد التزامه في إتمام مدة العقد وعدم إنهائه قبل انتهاء هذه المدة، فالمسؤولية الناشئة عن إخلال العاقد بالتزام ناشئ عن العقد هي مسؤولية عقدية نجمت عن خطأ عقدي لا بد لمقترفه أن يتحمل مسؤوليته عنه[1].

وحتى نتمكن من معرفة الطبيعة القانونية للفصل التعسفي لا بد لنا من دراسة نظرية التعسف في استعمال الحق حتى نتعرف على الأساس القانوني لها في خطوة أولى، ثم البحث عن طبيعة المسؤولية المترتبة على التعسف في استعمال الحقوق التي يعتبر الإنهاء التعسفي بالإرادة المنفردة للعقد غير محدد المدة صورة من صورها وتطبيقاً من تطبيقاتها[2]، إذ لا يكون الإنهاء بالإرادة المنفردة تعسفياً إلا إذا ورد على عقد غير محدد المدة، كما استقر عليه الفقه[3]، وذلك كون العقد غير محدد

---

(1) د.منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص721؛ وانظر ضاهر الغندور، الصرف التعسفي في القانون اللبناني، مرجع سابق، ص21؛ وانظر حسن الفكهاني، موسوعة العمل والتأمينات الاجتماعية، المجلد السادس، فصل تعسفي، ص219 وما يليها.

(2) عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص13.

(3) د.هشام رفعت هاشم، شرح قانون العمل الأردني، مرجع سابق، ص326؛ ود. حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص754؛ وانظر ضاهر الغندور، الصرف التعسفي في قانون العمل

المدة، شأنه في ذلك شأن كافة العقود غير المحددة المدة، ينقضي بالإرادة المنفردة لكل من عاقديه، وذلك منعاً من تأبيد هذا العقد، ولكن بالشروط والطرق القانونية التي حددها المشرع[1].

1.4.1 الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق:

سوف نبين تالياً ما إذا كان التعسف في استعمال الحق هو تطبيق مع تطبيقات المسؤولية التقصيرية أم لا؟

التعسف في استعمال الحق تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية:

أنكر جانب من الفقه على نظرية التعسف في استعمال الحق أن يكون لها كيان خاص تستقل به عن المسؤولية التقصيرية، وذلك على أساس أن التعسف في استعمال الحق هو عمل دون حق أو هو تجاوز للحق، أو عمل غير مشروع[2].

وقيل أيضاً أن التعسف في استعمال الحق ما هو إلاَّ تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية باعتباره انحرافاً عن سلوك الرجل العادي ومعياره الخطأ (الخطأ العادي، أو الخطأ من نوع خاص) في التشريعات التي تجعل الخطأ أساساً للمسؤولية –كالتشريع المصري– والإضرار في التشريع الأردني الذي جعل الإضرار أساساً للمسؤولية التقصيرية، وفيما يلي نبحث أساس التعسف في استعمال الحق من خلال النقاط التالية.

اللبناني، مرجع سابق، ص23–24؛ ويخالفهم الرأي د.أحمد أبو شنب الذي يرى أنه لا يجوز الخلط بين معيار الفصل التعسفي وبين الجزاء المترتب عليه ذلك أن معيار الفصل التعسفي فيهما واحد وهو مخالفة المادة (28)، أما الجزاء فهو مختلف في كل منهما عن الآخر.

(1) د.حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص754.

(2) انظر: أمين رجا رشيد، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، 1991، ص27–39؛ د.حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثانية، القاهرة، 1998، ص57–58.

أولاً: التعسف وتجاوز الحق:

يتناقض التعسف في مفهومه مع فكرة الحق، فالحق هو سلطة تخول صاحبها القيام بأعمال معينة تحقيقاً لمصلحة يحميها القانون[1]، وبالتالي فإن مفهوم التعسف في استعمال الحق مفهوم متناقض، فكيف يمكننا التحدث عن حماية القانون للحق من جهة، ووصف الشخص بالتعسف عند ممارسته لذات الحق من جهة أخرى، أي كيف يمنع القانون من جهة ممارسة الحق الذي يحميه من جهة أخرى؟

فلو فرضنا أن هنالك عمل غير مشروع، فإنه بطبيعة الحال يعتبر عملاً خارجاً عن الحدود التي رسمها القانون، ومن ثم يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية، أما إذا كان التصرف في حدود حق يعترف به القانون فلا يمكن اعتباره عملاً غير مشروع، وبالتالي فإن التعسف في استعمال الحق ليس عملاً مستقلاً عن العمل غير المشروع لأن الحق ينتهي عندما يبدأ التعسف[2]، فهما لا يجتمعان معاً، سيَّما أن الفرق واضح بين التعسف في استعمال الحق ومجاوزة حدود الحق؛ فالمجاوزة تتعلق بالحدود المادية والموضوعية للحق في حين أن التعسف يتحقق رغم أن صاحب الحق لم يتجاوز حدود حقه، وعليه فإن التعسف لا يتصور إلاَّ داخل حدود الحق التي رسمها القانون، أما المجاوزة لا تكون إلاَّ خارج حدود الحق ونطاقه[3].

إلا أن جانباً من الفقه قد انتقد هذا الرأي من حيث أن القول بأن الحق ينتهي عندما يبدأ التعسف فيه خلط بين معنيين مختلفين لكلمة (DROIT) فقد يقصد بها حق فردي، وقد يقصد بها القانون، ولا شيء يمنع من أن يكون الإنسان وهو يستعمل حقه مخالفاً للقانون، إلاَّ أن هذا الرأي أيضاً منتقد وغير مقنع، إذ كيف يمكن القول

---

(1) د.سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان، القاهرة، 1961، ص3.

(2) أمين رجا رشيد، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الأردني، مرجع سابق، ص28؛ وانظر عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص40 في إشارة منهما لرأي الفقيه الفرنسي بلانيول (إن الحق ينتهي عندما يبدأ التعسف).

(3) أمين رجا رشيد، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الأردني، مرجع سابق، ص28؛ وانظر عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص40-41.

بوجود حق طالما أن القانون لم يكن أساساً له، وبالتالي فمن الواضح أنه وفق القول الذي ينكر وجود نظرية التعسف فإن الحق ينتهي عندما يبدأ التعسف، أي لا مجال للقول بالتعسف داخل نطاق الحق والمشروعية، ومن يستعمل حقه ويصيب الغير بضرر يكون مخطئاً وليس متعسفاً.

وبالتالي فالفرق بين التعسف في استعمال الحق والخروج عن الحق يكمن فقط في أن التعسف ذا طابع نفساني، بينما حدود الحق ذات طابع خارجي مادي، والتعسف لا يمكن أن يحصل إلاً داخل حدود الحق، بينما تجاوز حدود الحق يكون خارج الحق[1]، وتبعاً لذلك فإن أساس التعسف في استعمال الحق هو الخطأ ويترتب عليه بالتالي المسؤولية التقصيرية[2]، من هنا يجب أن ندرس مدى صحة هذا القول.

ثانياً: التعسف في استعمال الحق والخطأ سواء:

يعتبر الخطأ هو الركن الأساسي في المسؤولية التقصيرية في بعض التشريعات كالتشريع المصري[3]، والمقصود به هو الانحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف[4]، والمعيار الذي يقاس به الخطأ معيار موضوعي هو السلوك المألوف للرجل المعتاد.

ويتألف الخطأ من عنصرين: أحدهما موضوعي وهو الإخلال بواجب قانوني، والثاني شخصي وهو توافر التمييز والإدراك[5]، والعنصر الثاني لا يتطلبه القانون الأردني الذي يكتفي بالإضرار كأساس للمسؤولية التقصيرية، وليس الخطأ الذي يتطلب لقيامه عنصر الإدراك والتمييز[6].

---

[1] د.حسين عامر ود. عبد الرحمن عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثالثة، دار المعارف، 1979، ص23.

[2] عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص42.

[3] د.عبد الرزاق السنهوري، ص843؛ وانظر المادة (1382) من القانون المدني الأردني، أما التشريع الأردني فيعتد بالإضرار وليس الخطأ كما جاء في المادة (256) من القانون المدني الأردني أنه: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله، ولو غير مميز بضمان الضرر".

[4] د.سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مرجع سابق، ص360.

[5] د.سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مرجع سابق، ص360-361.

[6] راجع المادة (256) من القانون المدني الأردني.

ولعل الرأي السائد بصدد تكييف التعسف هو ذلك الذي يقيم النظرية على أساس من الخطأ ويرى أن المسؤولية عن التعسف مسؤولية تقصيرية تماماً كالمسؤولية عن الخطأ[1].

وترجع أصول الرأي الذي يرد التعسف في استعمال الحق ليشترك مع المسؤولية التقصيرية إلى التأثر بما جاء في أحكام القضاء الفرنسي إذ تم إسناد التعسف في استعمال الحق، إلى الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية[2].

إن الاتجاه القائل بمساواة الخطأ في المسؤولية التقصيرية بالخطأ في نظرية التعسف السابق الإشارة إليه معيب من عدة وجوه، بالرغم مما فيه من سهولة وبساطة على اعتبار أن الربط بينهما يؤدي إلى توحيد الأساس القانوني للمسؤولية في مجال القانون عموماً، ويؤدي إلى انتفاء الازدواجية التي قد يترتب عليها التعقيد وتضارب الأحكام في قانون واحد. وتتمثل هذه العيوب بما يلي[3]:

1. يعتبر الخطأ فعل غير مشروع لذاته، يولد المسؤولية خارج دائرة المشروعية، بينما التعسف، فيما يولده من مسؤولية صاحب الحق، إنما يكون ضمن دائرة المشروعية، فالفعل فيه مشروع بأصله وعدم المشروعية تتعلق بغاية الحق وليس بمضمونه، ويكون لصاحب الحق معاودة العمل وممارسة حقه طالما كان هدفه في ذلك تحقيق الغاية التي شرع الحق من أجلها[4].
2. قد يتحقق التعسف دون توافر مقومات الخطأ الذي هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، ومثال ذلك مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة، مع العلم أنه يستحيل القول بأن المالك قد ارتكب خطأ في ممارسته

---

(1) د.حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مرجع سابق، ص57-58؛ ود. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص336؛ وكذلك د.هشام رفعت هاشم، مرجع سابق، ص363؛ وكذلك الطبعة الثانية من الكتاب نفسه، لسنة 1990، ص323.

(2) من هذه القرارات انظر القرار: Cass. civ, 2e, 10Janv, 1985, Gaz. Pal. 1985.1. panor 113, obs. Guinchard.

(3) أمين رجا رشيد، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الأردني، مرجع سابق، ص34-36.

(4) عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص44.

لحقه مما يبين قصور الخطأ عن استيعاب جميع حالات التعسف[1]، فيسأل المالك عن تعسفه في استعمال حقه رغم أنه لم يكن مخطئاً في هذا الاستعمال، وفي هذا الصدد، فقد نص المشرع الأردني في المادة (1027) من القانون المدني الأردني المتعلقة بمضار الجوار غير المألوفة على ما يلي: "1. على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، 2. وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر والغرض الذي خصصت له ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق".

3. يعاب على هذا الاتجاه أنه يساوي بين مركز صاحب الرخصة التي تكون معطاة للجميع على قدم المساواة، وبين صاحب الحق الذي يستأثر بموضوع حقه؛ رغم أن الفرق بينهما واضح[2]، ففي حالة الرخصة يكون الجميع على قدم المساواة مما يقتضي – من كل واحد منهم– عندما يتمتع بهذه الرخصة أن يتخذ جانب الحيطة والحذر حتى لا يحد من حرية غيره، بالتصرف في الرخص المعطاة لهم، وإلا اعتبر مخطئاً، مما يوجب مساءلته مسؤولية تقصيرية، أما صاحب الحق فيجب عليه عند التمتع بمضمون حقه، أن يراعي الغاية التي تقرر الحق من أجلها، مما يعني أن للتعسف أساساً آخر غير الخطأ التقصيري تقوم عليه مسؤولية المتعسف في استعمال الحق[3].

وقد وقع أنصار من ساووا بين الخطأ والتعسف في تناقض، ذلك بأنهم ميزوا بين التعسف وتجاوز الحق، فإذا كان تجاوز الحق خطأً، فيكف يُقال أن التعسف

---

(1) أمين رجا رشيد، معايير التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص35.

(2) د.حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، مرجع سابق، ص337؛ وراجع: أمين رجا رشيد، معايير التعسف لعقد العمل، مرجع سابق، ص35.

(3) أمين رجا رشيد، معايير التعسف لعقد العمل، مرجع سابق، ص36؛ وانظر: المحامي جمال عبد الغني مدغمش، شرح القانون المدني الأردني، العقد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الياقوت، عمان، ص92.

يختلف عن مجاوزة الحق؟ مما يؤدي إلى القول أن للتعسف كيان مستقل يختلف عن الخطأ.

ثالثاً: التعسف في استعمال الحق نوع متميز من الخطأ:

في محاولة لتفادي النقد الموجه لمسألة المساواة بين التعسف في استعمال الحق والخطأ قيل أن التعسف في استعمال الحق هو نوع خاص من الخطأ، يندرج تحت المسؤولية التقصيرية ويمثل انحرافاً في السلوك، وانحرافاً عن الغاية الاجتماعية للحق، إذ لا يُعد استعمال الحق مبرراً ومانعاً من المسؤولية إلاَّ إذا كان متفقاً مع غاية الحق وروح القانون، فالتعسف وإن كان غير مشروع، إلاَّ أنه صورة خاصة من صور عدم المشروعية، ومن ثم يظل في نطاق المسؤولية التقصيرية(1).

ويشار إلى أن العميد جوسران(2) كان من أشهر المؤيدين لهذا الرأي، حيث قسم المسؤولية إلى ثلاثة أقسام مستقلة، هي: مخالفة القانون، وعدم المشروعية، والضرر الفاحش، وصنف الأفعال تبعاً لذلك، لثلاثة أقسام:

1. العمل المخالف للقانون: وهو المجاوز للحدود الموضوعية للحق، أو العمل دون حق.
2. العمل غير المشروع: وهو ما كان مشروعاً بأصله، ووصف بعدم المشروعية بالنظر إلى الغاية المعيبة التي يتوخاها، لأنه يكون بخلاف روح الحق وغايته.
3. العمل الضار الذي يتفق مع القانون وروحه، ولكنه –مع ذلك– يؤدي إلى الأضرار غير العادية.

والتعسف يقع في النوع الثاني من الأعمال (العمل غير المشروع)، ووصف الخطأ بأنه اجتماعي لأنه ينطوي على استعمال الحق استعمالاً ضد المجتمع، ومما يعاب على هذا الرأي أنه يترك مجالاً واسعاً للقاضي لتحديد الغاية الاجتماعية للحق مما يؤدي إلى تأثر الحكم بآراء القاضي الحزبية أو السياسية.

---

(1) عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص45؛ أمين رجا رشيد، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني، مرجع سابق، ص36.

(2) مشار إليه في: د.سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، الطبعة الثانية، معهد البحوث والدراسات، 1971، ص335.

وقد لاقت هذه النظرية تأييداً من المتأثرين بالفكر الاجتماعي والاشتراكي، ورجال القانون العام الذين قارنوا بين هذه النظرية ونظرية القانون الإداري الخاصة بالتعسف في استعمال السلطة، إذ ترتبط نظرية التعسف في نظر هؤلاء بغاية الحقوق الاجتماعية[1].

أما أنصار المذهب الفردي من رجال القانون فقد انتقدوا ربط التعسف بالغاية الاجتماعية للحق، على أساس أن ربطهما ببعض معيار واسع حيث يؤدي إلى انزلاق القاضي وهو بصدد تحقيق الغاية الاجتماعية للحق من المجال القانوني إلى المجال السياسي، وكذلك فالقاضي عند تحديده للغاية الاجتماعية للحق يضع حدوداً للامتيازات التي أعطاها المشرع لأصحاب الحقوق، مما يؤدي به لوضع تحديد للحقوق التي منحها المشرع، مما يجعل المواطنون بعد ذلك لا يعتمدون على الضمانات التي يعطيها لهم القانون.

إضافة إلى ذلك فإن هذا الاتجاه وإن ميز التعسف عن الخطأ باعتبار أنه خطأ في غاية الحق، وليس في الحدود الموضوعية له، إلاَّ أن ذلك لا يبعده عن مجال المسؤولية التقصيرية التي تتحقق كلما وجد انحراف عن غاية الحق، وهذا ما دعا إلى القول بأن التعسف في استعمال الحق يخرج عن نطاق المسؤولية التقصيرية[2]، التي تهتم في الدور العلاجي، وذلك خلافاً لنظرية التعسف التي تضطلع بدورين هامين، هما: الدور الوقائي أولاً، والدور العلاجي ثانياً؛ وذلك بما تفرضه من رقابة سابقة أو لاحقة على استعمال الحق بحسب الظروف والأحوال، فقد يمنع صاحب الحق من استعمال حقه ابتداءً تفادياً لوقوع الضرر، وهنا لا تثور مشكلة المسؤولية أساساً، وهذا غير متصور في المسؤولية التقصيرية التي يقتصر دورها على الدور العلاجي الذي يتمثل في صورة جزاء تعويضي أو تنفيذ عيني برفع الضرر ليشترك في هذا الدور مع التعسف في استعمال الحق في دوره العلاجي[3].

---

(1) عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص46.

(2) عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص47.

(3) أمين رجا رشيد، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الأردني، مرجع سابق، ص39.

للتعسف كيان مستقل (خارج نطاق المسؤولية التقصيرية):

نتيجةً لعدم استيعاب الخطأ التقصيري لكافة صور التعسف، سواء كان هذا الخطأ عادياً أم خطأً متميزاً، ولإمكانية وجود التعسف دون وجود الخطأ، فقد تم الابتعاد عن اعتبار الخطأ هو الأساس القانوني للتعسف في استعمال الحق[1].

ورغم الاتفاق على استبعاد الخطأ كأساس للتعسف في استعمال الحق، إلاَّ أن الخلاف قد ظهر بشأن تحديد أساس التعسف.

لقد تم اعتبار التعسف فكرة تتصل بالنظم والقواعد الخلقية التي تحرم استعمال الحق استعمالاً غير خلقي، إذ من يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير يكون قد أخل بالقواعد الخلقية، وعلى ضوء ذلك فقد تم إسناد التعسف في استعمال الحق إلى المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، وليس للمادة (1382) المتعلقة بالخطأ من ذات القانون[2].

وفي محاولة ثانية لإيجاد أساس آخر لنظرية التعسف بحيث تبرز كنظرية لها كيانها المستقل، تم استبعاد القواعد الخلقية لتحل فكرة الحق وما له من غاية اجتماعية، وبما يخول صاحبه من سلطات ووسائل لبلوغ غاية الحق الأمر الذي يشكل الأساس القانوني لنظرية التعسف[3] وبناءً عليه فأي انحراف بالحق عن غايته هو التعسف بعينه.

وعليه فإن التعسف يتوافر إذا انحرف صاحب الحق في استعمال حقه عن غايته، ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية، ذلك الإخلال الذي يكوِّن الخطأ في المعنى الدقيق، وهو ما يفصل بين "التعسف" و"الخطأ"، ويخرجه بالتالي

---

(1) أمين رجا رشيد، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الأردني، مرجع سابق، ص39؛ وعبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص48.

(2) عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص48-49.

(3) د.حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، ص764 وما بعدها.

من دائرة المسؤولية التقصيرية ليستوي مبدأً عاماً ونظرية أساسية ملازمة وداخلة في النظرية العامة للحق[1].

واستجابة لما سبق فقد طالبت اللجنة المكلفة بالأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي بضرورة وجود نص عام يقيم المسؤولية في حالة التعسف بعيداً عن المسؤولية التقصيرية القائمة على أساس من الخطأ[2]، إلا أن هذه المحاولات باءت جميعها بالفشل وجاء القانون الفرنسي (مجموعة نابليون سنة 1804)، خلواً من أي نص خاص بنظرية التعسف.

أما في مصر بالرغم من اهتمام المشرع بنظرية التعسف ووضعها في الباب التمهيدي للقانون المدني في نص المادتين الرابعة والخامسة منه، إلاَّ أن الفقه والقضاء قد طبقا قواعد المسؤولية التقصيرية على التعسف في استعمال الحق اقتفاءً لأثر كل من الفقه والقضاء الفرنسي، واعتبرا أن الخطأ هو أساس نظرية التعسف في استعمال الحق[3].

إلاَّ أنَّه وجد جانب مناهض للرأي الغالب في الفقه المصري، يرى أن المشرع المصري الذي خصص للنظرية مكاناً بارزاً في الباب التمهيدي لا يمكن أن يكون قد أسسها على الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية[4]، للأسباب التالية:

1. أن المشرع المصري قد أبعد نظرية التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية وأفرد لها مكاناً خاصاً وبارزاً في بابه التمهيدي، نظراً لقصور الخطأ عن

---

(1) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص765-766؛ وانظر: أمين رجا رشيد، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الأردني، مرجع سابق، ص40.

(2) عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص30؛ وانظر أمين رجا رشيد، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الأردني، مرجع سابق، ص41.

(3) د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 842؛ وانظر د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص526؛ وانظر د.حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مرجع سابق، ص58؛ وانظر قرار محكمة النقض في (1946/11/28) سنة (1946) رقم (144)، ص959.

(4) د.محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1979، ص303، مشار إليه في عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص51.

استيعاب جميع حالات التعسف، ومن ثم لا يعد التعسف تطبيقاً لفكرة العمل غير المشروع، وهذا ما وضحته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري[1].

2. تدل الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري على أن نظرية التعسف في استعمال الحق قد استوحيت من الشريعة الإسلامية، ولو رجعنا إلى الشريعة الإسلامية لرأينا أنها توسعت جداً في معايير التعسف في استعمال الحق ولم تجعل أساسه الخطأ[2].

ومن الجدير بالملاحظة أن نظرية إساءة استعمال الحق قد وردت في الفصل الرابع من الباب التمهيدي في القانون المدني الأردني، بهدف انبساطها على جميع نواحي القانون بفروعه المختلفة، ولا تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع المحصورة في نظرية الحق الشخصي.

وخلاصة القول فإن لنظرية التعسف في استعمال الحق كيان خاص تستقل به باعتبار أنها ترتبط بروح الحق والغاية الاجتماعية له[3]، فتختلف بذلك عن الخطأ التقصيري الذي هو انحراف في السلوك المألوف للرجل العادي، بالإضافة لكون التعسف في استعمال الحق سابق على المسؤولية التقصيرية بما له من دور وقائي ينفرد به عن المسؤولية التقصيرية، لذا تتمتع نظرية التعسف بكيان مستقل خارج نطاق المسؤولية التقصيرية[4]، ومفهوم التعسف قد تعدى بوضوح النطاق الضيق للخطأ إلى مدى أرحب بكثير يتسع لمساءلة المرء كلما تجاوز في ممارسة حقه "حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح الحق"[5].

---

(1) د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص840.

(2) عبد الحفيظ بلخضير، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مرجع سابق، ص52؛ وراجع د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص840.

(3) أمين رجا رشيد، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الأردني، مرجع سابق، ص39-41.

(4) من هذه التشريعات القانون المدني الكويتي في المادة (30) منه، "وعلى هذا النحو مكّن المشروع لنظرية التعسف بين أحكامه العامة باعتبارها فكرة ملازمة لفكرة الحق ومكملة لها، تستهدف تحقيق مصلحة الجماعة، وتجاوز في دورها وجزائها دور المسؤولية وجزائها التعويضي، مما يجعل للقضاء رقابة مبتدأة على استعمال الحقوق إلى جانب رقابته اللاحقة على هذا الاستعمال".

(5) ضاهر الغندور، الصرف التعسفي في القانون اللبناني، مرجع سابق، 35.

2.4.1 طبيعة المسؤولية الناتجة عن التعسف في استعمال الحق عامة، والفصل التعسفي خاصة:

لقد تعرض تحديد طبيعة المسؤولية الناتجة عن التعسف في استعمال الحق إلى اختلاف في الرأي بين قائل بأن المسؤولية المترتبة على الفصل التعسفي هي مسؤولية تقصيرية، وقائل بأنها مسؤولية عقدية.

المسؤولية عن الفصل التعسفي مسؤولية تقصيرية:

تم تأسيس المسؤولية عن الفصل التعسفي على أساس أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو ذات الخطأ الذي تقوم عليه نظرية التعسف[1]، وبناءً عليه فإن أي إنهاء تعسفي للعقد يقيم مسؤولية منهي العقد التقصيرية عن هذا الإنهاء.

وفي حقيقة الأمر فإن مرد هذا الرأي إلى القضاء الفرنسي الذي كان يستند في ترتيب آثار التعسف في استعمال الحق في ضوء قصور النصوص القانونية إلى قواعد المسؤولية التقصيرية[2]، على الرغم مما تمتاز به نظرية التعسف في استعمال الحق من انبساطها على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة المسؤولية التقصيرية[3].

إضافة لما سبق يقال أن التعسف ينهي العقد، وبانتهاء العقد لا يتصور إلا أن تكون المسؤولية تقصيرية، خلافاً للمسؤولية العقدية التي تفترض إخلالاً بالتزام مستمد من العقد، ولا يعتبر مبدأ حسن النية كمبدأ عام التزاماً قائماً بذاته، يجب عدم الإخلال به عند تنفيذ العقود، بحيث لا يترتب على عدم العمل به قيام المسؤولية العقدية التي تترتب عند الإخلال بالتزام مستمد من العقد، وإنما يعتبر مبدأً عاماً يسود جميع الالتزامات التعاقدية[4].

---

[1] د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص842.

[2] أشار إلى ذلك الدكتور السنهوري "إن وضع مبدأ التعسف في الباب التمهيدي للقانون المدني لا يمنع من إدخاله في نطاق المسؤولية التقصيرية"، راجع: د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص842.

[3] د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص480.

[4] د.محمد البكري، مدونة الفقه والقضاء في قانون العمل الجديد، الجزء الثاني، 1986، ص463 وما بعدها، د.حسين عامر، المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، مرجع سابق، بند 69، ص51.

وعليه، تكون المسؤولية تقصيرية فيما يقع من إنهاء تعسفي للعقد، وفي هذا لا تقوم المسؤولية لمجرد إنهاء العقد، بل إنها تترتب على الفعل غير المشروع بأن كان الإنهاء بسوء نية، أو لغير بواعث مشروعة، أو كانت نتائجه تتنافى والمصلحة العامة.

وبناءً على الحجج السابقة فقد اعتبرت المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق مسؤولية تقصيرية، ولو كان محل التعسف حقاً تعاقدياً[1].

إلاَّ أنه ومن جهة أخرى فإن التعسف في استعمال الحق في إنهاء العقود -كما يرى الذين فندوا حجج الاتجاه السابق[2]- يرتب عليه قيام المسؤولية العقدية عند إنهاء العقد نتيجة الإخلال بالتزام عقدي.

المسؤولية عن الفصل التعسفي مسؤولية عقدية:

تعتبر المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق مسؤولية عقدية، وذلك على اعتبار أن للتعسف أساساً يختلف عن الخطأ، وأن التعسف بشكل عام والفصل التعسفي موضوع دراستنا بصورة خاصة يقوم عندما يكون هناك خروج بالحق عن غايته الاجتماعية والخلقية "الانحراف عن غاية الحق"[3].

فإذا أنهى أي من طرفي العقد غير محدد المدة العقد بإرادته المنفردة دون توافر سبب مبرر لهذا الإنهاء ودون إخطار فإنه يكون متعسفاً في استعمال حقه، وتقوم مسؤوليته العقدية إذ يتجه الرأي حديثاً إلى اعتبار المسؤولية عن التعسف في إنهاء عقد العمل مسؤولية تعاقدية، وذلك على أساس أن القاعدة العامة في العقود هي

---

(1) انظر لمزيد من التوضيح في هذا الاتجاه كل من: د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، رقم 558، ص483، وانظر: د.محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص576، وانظر كتابة شرح قانون العمل اللبناني، الجزء الأول، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع، 1969، فقرة 241، ص329.

(2) انظر لمزيد من التفصيل في هذا الرأي: د.محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل اللبناني، مرجع سابق، فقرة 241، ص329، وانظر كتابه: شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص575، وانظر: د.محمد البكري، مرجع سابق، ص643.

(3) د.حسن كيرة، المدخل إلى القانون، فقرة 397، ص781-782؛ وانظر: د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص164، محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل اللبناني، مرجع سابق، ج1، 1969، ص575.

وجوب تنفيذها بحسن نية، وأن المسؤولية المترتبة على مخالفة الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود مسؤولية عقدية، وإنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة دون إخطار ودون وجود سبب مبرر للإنهاء يعتبر إخلالاً بمبدأ حسن النية، بالتالي تكون المسؤولية المترتبة على الإنهاء مسؤولية عقدية(1).

ويعزز ما ذهبنا إليه أنه في العقد غير محدد المدة تعتبر إمكانية إنهاء العقد، في الحقيقة، حقاً ناشئاً عن العقد ذاته، فإذا اقترن خطأ باستعماله، كانت المسؤولية المترتبة على هذا الخطأ ذات طبيعة عقدية، كشأن كل خطأ يقترن باستعمال الحقوق العقدية، كما أن الضرر الناشئ عن التعسف في استعمال الحق الناشئ عن العقد لا يقع نتيجة تنفيذ العقد، وإنما ينشأ عن الإخلال بتنفيذه، وما دام العاقد قد انحرف في استعمال حقه عن الغاية الاجتماعية له، بغية الإضرار بالعاقد الآخر، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة، مما يجعله بذلك متجاوزاً لحدود حقه، ومخلاً بالتزامه بتنفيذ العقد "تنفيذاً يتفق مع ما يوجبه حسن النية"، باعتباره التزام ينشأ عن كل عقد، ولا يقل أهمية عن أي التزام آخر ناشئ عنه، ويجيز الإخلال به، على الخصوص، المطالبة بفسخه، لذلك يترتب دون أدنى شك، على التعسف في تنفيذ العقد، أو إنهائه، مسؤولية عقدية(2).

وقد نص المشرع الأردني على مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية في المادة (202) من القانون المدني الأردني بقوله: "1. يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، 2. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد الآخر بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف".

---

(1) د.محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل اللبناني، مرجع سابق، ص329، فقرة 241، وانظر: كتابه شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص575؛ وانظر: د.محمد البكري، مرجع سابق، ص463.

(2) د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص164–165؛ وانظر: د.محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل اللبناني، مرجع سابق، ص329، فقرة 241؛ وانظر كتابه: شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص575؛ وانظر: محمد البكري، مرجع سابق، ص463.

وبذلك فإن مجاوزة حدود حسن النية في استعمال الحق لا يعدو كونه انحرافاً بالحق عن غايته، ويعتبر تجاوزاً للغرض الذي منح الحق من أجله[1].

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز أنه: "إذا كانت العلاقة بين المميز والمميز ضدها هي علاقة عمل، فإن ما ينطبق على هذه العلاقة هو قانون العمل باعتباره القانون الخاص الذي ينظم علاقات أصحاب العمل والعمَّال، وهي العلاقة التي تنشأ عن عقد العمل، وبالتالي فإن استبعاد أحكام القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية جاء في محله، إذ أن المسؤولية التقصيرية كقاعدة عامة هي مسؤولية تنشأ من الإضرار بالغير، وبالتالي فإن الأصل أن المسؤولية التقصيرية تقوم بين طرفين لا يربطهما عقد أو أن يرد في فعل أحدهما ما يخرج تماماً عن حكم العقد أو قانون العقد، كما أن واقعة الفصل التي يستند إليها المميز بالمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر هي واقعة يحكمها ويرتب آثارها قانون العمل، وهو حكم المادة (25) من قانون العمل الذي يقتصر على أحد أمرين، إما الحكم للعامل بالتعويض عن الفصل إذا كان تعسفياً أو إعادة هذا العامل إلى العمل وفقاً لما تراه المحكمة التي تنظر الدعوى العمالية، وقد أقام المميز دعوى عمالية بهذا الخصوص حيث تقرر إعادته للعمل وفقاً لأحكام المادة (25) المشار إليه، بالتالي فلا محل لإقامة دعوى أخرى للمطالبة والإدعاء بحقوقه استناداً لأحكام المسؤولية التقصيرية، أما القول بأن محكمة الاستئناف قد أغفلت المادة (4) من قانون العمل، فإن مقصود تلك المادة أنه يمكن للعامل المطالبة بحقوق عمالية أفضل قد يمنحها قانون آخر أو عقد عمل أو قرار آخر، ولا يقصد بذلك أن يلجأ إلى أحكام المسؤولية التقصيرية والفعل الضار للمطالبة بالتعويض عن واقعة الفصل التي رتب لها قانون العمل جزاء خاص في المادة (25) عمل"[2].

ويتضح من هذا القرار أن القضاء الأردني قد اعتبر المسؤولية الناشئة عن الفصل التعسفي للعامل مسؤولية عقدية، يحكمها ويرتب آثارها قانون العمل، وأنه

---

[1] د.توفيق حسن فرج، قانون العمل في القانون اللبناني والمصري، مرجع سابق، ص447.

[2] تمييز حقوق رقم (2983/2004)، تاريخ (2005/02/20)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

استبعد صراحة أحكام القانون المدني –خاصة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية– من التطبيق على الفصل التعسفي للعامل، وأن الفصل التعسفي هو إخلال بالتزام ناشئ عن العقد وليس فعلاً ضاراً يوجب المساءلة على أساس المسؤولية التقصيرية.

وبناءً على ما سبق من حجج استند لها هذا الرأي أرى أن الصواب هو ما ذهبت إليه محكمة التمييز من اعتبار المسؤولية المترتبة على الفصل التعسفي مسؤولية عقدية تقوم متى توافرت شروطها مجتمعة، وهذه الشروط هي[1]:

1. وجود عقد صحيح بين طرفي العقد.
2. أن يخل أحد العاقدين بعد انعقاد العقد بأحد التزاماته الناشئة من هذا العقد قبل انحلاله بأي طريقة من طرق الانحلال.

فإذا توافرت هذه الشروط، تحققت مسؤولية الطرف المنهي لعقد العمل إنهاءً تعسفياً، وترتبت في ذمته الالتزامات التي يفرضها عليه القانون بهذا الصدد.

ومن هذا المنطلق وبعد أن أوضحنا رأي الفقه والقضاء في الفصل التعسفي، حالاته، ومعاييره، والمسؤولية المترتبة عليه وبعد أن تعرضنا للتكييف القانوني الذي جاء في اجتهاد محكمة التمييز الأردنية حول طبيعة المسؤولية المترتبة على الفصل التعسفي، سوف أقوم بتحديد القانون الذي يحكم الفصل التعسفي.

---

(1) د.سليمان مرقس، موجز أصول التزامات، مرجع سابق، ص335.

الفصل الثاني

تحديد القانون الذي يحكم الفصل التعسفي

يعتبر البحث عن القانون الواجب التطبيق على الفصل التعسفي للعامل من المسائل القانونية والعملية الهامة التي يسعى كل من الأفراد ورجال القانون إلى التوصل إلى حلول لها، وخاصة في ظل الانفتاح الاقتصادي والمعرفي والتكنولوجي، الذي دفع الشركات والمشاريع الكبرى إلى استقطاب عدد كبير من العمال من شتى بقاع العالم.

1.2 قواعد الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية، ومدى ملاءمتها للانطباق على الفصل التعسفي:

إذا عُرِض على القاضي الأردني مسألة تتعلق بالفصل التعسفي للعامل في عقد يشوبه عنصر أجنبي فإنه سوف يقوم بتكييف العلاقة المعروضة عليه وفق القانون الأردني، استناداً إلى نص المادة (11) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: "القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يُطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقهُ من بينها".

ودور القاضي في هذه الحالة يشبه الدور الذي قمنا به في معرض توضيحنا لطبيعة المسؤولية المترتبة على الفصل التعسفي للعامل في الفصل الأول من هذه الرسالة[1]، فإذا توصل القاضي إلى تحديد وصف العلاقة القانونية موضوع النزاع تنتهي مهمته في التكييف، أي تنتهي مرحلة التكييف لتبدأ مرحلة البحث عن القانون الواجب التطبيق، وذلك على اعتبار أن تطبيق القانون الأردني بوصفه قانوناً للقاضي في التكييف وفقاً للمادة (11) آنفة الذكر لا يشمل إلا تحديد العلاقات في النزاع المعروض فقط[2]، ومن ثم يذهب القاضي إلى قواعد الإسناد في قانونه الوطني لترشده إلى القانون الواجب تطبيقه على النزاع من بين القوانين المتنازعة على

---

[1] انظر الصفحة 49-54 من هذه الرسالة.

[2] انظر المذكرات الإيضاحية لمواد القانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص42.

حكمه، وبالتالي يسند حكم النزاع إلى واحد من هذه القوانين، وبما أن الفصل التعسفي للعامل وما يترتب عليه يدخل في طائفة الالتزامات التعاقدية حسب ما توصلنا له سابقاً، فإن قاعدة الإسناد التي تنطبق عليه هي المادة (20) من الفصل الأول من الباب التمهيدي للقانون المدني الأردني، التي تنص على أن: "1. يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدَين إذا اتخذا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

لقد أسندت المادة (20) من القانون المدني الأردني الالتزامات التعاقدية الدولية للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدَين صراحةً أو ضمناً، فإذا سكت المتعاقدان عن الاختيار ينطبق قانون موطنهما المشترك إن اتخذا موطناً، وهو فرض نادر التصور في المعاملات المالية والالتزامات العقدية، خاصة عقد العمل الدولي، فإن اختلفا موطناً، وهو الفرض الأكثر حدوثاً ينطبق قانون بلد إبرام العقد.

والترتيب الذي أورده المشرع لضوابط الإسناد التي تشير إلى القانون المختص بحكم العقد الدولي من حيث الموضوع على هذا النحو هو ترتيب إجباري، بمعنى أنه لا يجوز تطبيق الموطن المشترك في حالة اختيار الإرادة لقانون العقد، كما لا يجوز الرجوع إلى قانون بلد الإبرام عند سكوت المتعاقدَين عن الاختيار ما دام أن لهما موطناً مشتركاً[(1)].

وقد خالفت محكمة التمييز الأردنية الموقرة هذا الرأي في قرارها المعطى في القضية رقم (1988/67) الصادر عن الهيئة الخماسية للمحكمة بتاريخ (02/28/ 1988) بقولها: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً توفيقاً لمبدأ سيادة الدولة وقانونها على مواطنيها وإقليمها، وهو نص آمر لا يخضع لسلطان إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، أما إذا اختلفا موطناً فيسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر، أي أنه في حالة اختلاف

---

(1) د.هشام علي صادق، نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، العدد الأول، المجلد الأول، بيروت، تموز-يوليو، 1998، الدار الجامعية، ص18.

الموطن فيجوز للعاقدين الاتفاق على تطبيق حكم قانون الدولة التي يختاراها ويرد عليها قاعدة تنازع القوانين التي تشترط أن يكون التنازع مشتملاً على عنصر أجنبي". وأرى أن قرار المخالفة لهذا الرأي هو الأكثر صواباً، إذ جاء فيه ما يلي: "أرى أن تطبيق نص المادة (20) من القانون المدني توجب تطبيق القانون المتفق عليه بين الطرفين في العقد، فإن لم يكن هناك اتفاق على قانون معين طُبِّق قانون الدولة التي فيها الموطن المشترك للطرفين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً طُبِّق قانون الدولة التي تم فيها العقد. وحيث أن محكمة الاستئناف فسرت المادة (20) على خلاف هذا، وأيدتها في ذلك الأكثرية المحترمة فإنني أبدي مخالفتي وأرى نقض القرار المميز"[1].

ويتضح جلياً أن قرار المخالفة هو القرار الذي يتفق مع المنطق القانوني في تفسير النصوص، وأن قرار محكمة التمييز قد جانب الصواب في تفسيره لهذه المادة، وأرى أنه من الصواب أن تتبنى محكمة التمييز في قراراتها اللاحقة في تفسير هذه المادة ما ذهب إليه قرار المخالفة.

1.1.2 قواعد الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية:

أشارت المادة (20) من القانون المدني الأردني إلى القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في العقد الدولي، وبما أنه أصبح من المعلوم لدينا أن الفصل التعسفي للعامل في عقد العمل غير محدد المدة هو إنهاء تعسفي للرابطة التعاقدية ينتج عنه مسؤولية عقدية تدخل في نطاق الالتزامات التعاقدية التي نظمتها المادة (20) سالفة الذكر، بوصفها قاعدة الإسناد الخاصة بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

وقبل البحث عن القانون الواجب التطبيق على الفصل التعسفي لا بد من بيان المقصود بالعقد الدولي أولاً ومن ثم التطرق إلى القانون الواجب التطبيق على

---

[1] محكمة التمييز رقم (1988/67)، (هيئة خماسية)، تاريخ (1998/02/28)، المنشور على الصفحة 1080، مجلة نقابة المحامين، بتاريخ (1990/01/01)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني: www.adaleh.com.

الالتزامات التعاقدية في العقد الدولي، حسب الترتيب الوارد في نص المادة (20) من القانون المدني الأردني.

المقصود بالعقد الدولي:

حين يطرح على القاضي نزاع يتعلق بالفصل التعسفي باعتباره ناشئاً عن التزام عقدي، فإنه يتعين عليه تحديد طبيعته لمعرفة ما إذا كان بصدد عقد وطني أم عقد دولي، وذلك تمهيداً لتحديد النظام القانوني الذي يحكم هذا الالتزام التعاقدي، خاصةً إذا علمنا أن قاعدة الإسناد المتعلقة بالالتزامات التعاقدية لم تضع ضابطاً معيناً لاعتبار العلاقة دولية أم لا، لذلك بات من اللازم البحث عن معيار للتفرقة بين العقود الدولية والعقود الداخلية[1].

لقد تعددت المعايير بشأن اعتبار عقد ما من العقود الدولية، فتم القول بوجود معيار قانوني يتخذ من الصفة الأجنبية في العقد سبيلاً للحكم بدولية العقد، ومن المعايير التي طرحت بشأن دولية الرابطة العقدية أيضاً المعيار الاقتصادي القائم على انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود واتخاذه دليلاً لإضفاء الصفة الدولية على الرابطة العقدية، وفي محاولة توفيقية بين المعيارين السابقين تم الجمع بينهما في معيار مزدوج يستعان به للحكم على دولية الالتزام العقدي، ونتعرض تالياً لهذه المعايير بهدف التوصل إلى المعيار الأنسب موضحين رأي التشريع والقضاء الأردني منها.

أولاً: المعيار القانوني:

يعتبر العقد دولياً وفقاً لهذا المعيار إذا تضمن عنصراً دولياً سواء تعلق هذا العنصر بأطرافه أو بهدفه، أو بمحل إبرامه أو بمكان تنفيذه أو بموضوعه[2].

---

(1) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص37.

(2) د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص645؛ د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، بند 134.

بناءً عليه يعد العقد دولياً إذا أبرم بين وطني وأجنبي، ويعد العقد دولياً إذا تعلقت الصفة الأجنبية بسبب العقد كعقد القرض المبرم في الأردن بين بنك أردني وأحد فروعه في الخارج لتمويل عملية إنمائية هناك، كما يعد عقداً أجنبياً الذي يبرم في الخارج ولو كان بين أردنيين، وذلك لتطرق الصفة الأجنبية إلى محل إبرامه[1].

إن اتصال عناصر العقد بصفة عامة بأكثر من نظام قانوني واحد هو الذي يبرر إضفاء الصفة الدولية عليه، وبهذا يمكن تعريف العقد الدولي –وفقاً لهذا الاتجاه– بأنه العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً.

لقد انتقد هذا المعيار على أساس أنه يساوي بين العناصر القانونية للرابطة العقدية في إكساب العقد الصفة الدولية بغض النظر عن أهمية وفاعلية هذا العنصر وأثره في إضفاء الصفة الدولية على العقد[2]، مما دفع إلى الحديث عن التفرقة بين العناصر الفعالة أو المؤثرة، والعناصر غير الفعالة أو المحايدة التي تتطرق إليها الصفة الأجنبية في العقد، وهذا ما يسمى بالمعيار القانوني الحديث المرن، فحسب هذا المعيار يعد العقد داخلياً إذا تركز بكافة عناصره المؤثرة في محيط نظام قانوني داخلي معين، فهو يعد تبعاً لذلك عقداً داخلياً حتى ولو كان أحد طرفيه أجنبي الجنسية أو كان قد أبرم في الخارج مصادفةً أو غشاً[3].

فحسب هذا الرأي لا يوصف العقد بأنه دولي لمجرد احتوائه على عنصر أجنبي أيّاً كان، ولو كان سلبياً غير مؤثر في تحديد طبيعة العقد، وإنما يشترط أن يكون هذا العنصر الأجنبي مؤثراً ومحايداً، أي أن تكييف العقد لا يتم على أساس عددي لعناصره التي لحقتها الصفة الأجنبية، وإنَّما يستند إلى منهج كيفي يقوم على طبيعة العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية، بالتالي قد لا يعد العقد دولياً بالرغم من

---

(1) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص42؛ وانظر د.أحمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، دون سنة، ص330؛ Kayser- Lautonomie de La Volonte en droit international prive dans La jurisprudence Francaise, Clunet, 1931, p.32 ets.

(2) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص42؛ انظر: د.حسن الهداوي، في أثر الغش نحو القانون، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، 1997، ص205.

(3) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص43.

تعدد العناصر الأجنبية فيه، بينما قد يعد أجنبياً وإن لحقت الصفة الأجنبية بعنصر واحد من عناصره المؤثرة[1].

وعليه فإن العقد الدولي يعرف –وفقاً لهذا الاتجاه– بأنه العقد الذي بحكم طبيعته يتخطى إطار النظام القانوني الوطني المختص أصلاً بحكم علاقات القانون الداخلي[2].

ثانياً: المعيار الاقتصادي:

نجد أساس هذا المعيار في تصور يرتكز على موضوع التعاقد نفسه، حيث يفترض هذا المعيار تحليل محتوى العقد المادي والاقتصادي كحركة رؤوس الأموال والخدمات عبر الحدود، وأثرها على الاقتصاد العام لمختلف الدول المعنية، بالتالي لا يعد العقد دولياً إلا إذا كان ينتج عنه انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود[3]، أما مجرد تطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصر العقد –المعيار القانوني– فهي غير كافية لإسباغ الصفة الدولية على العقد[4]، فإذا كان من الجائز أن يسبغ المعيار القانوني الصفة الدولية على العقد، فقد لا يتيسر إسباغ هذه الصفة بالنسبة للعقد ذاته طبقاً للمعيار الاقتصادي طالما لم يسفر عنه انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود، بالتالي فالمعيار القانوني لدولية العقد أوسع من المعيار الاقتصادي، وإذا كان توافر المعيار الاقتصادي يفضي لزوماً إلى تحقق المعيار القانوني لدولية العقد على هذا النحو فإن العكس غير صحيح، إذ قد تكتسب الرابطة العقدية طابعها الدولي وفقاً للمعيار القانوني دون أن يتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادي لدولية هذه الرابطة[5].

---

(1) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص64.

(2) لمزيد من التفصيل راجع: د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص43–51.

(3) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص53؛ د.محمد وليد المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد عشرون، يناير، 2004، ص162.

(4) يخالف هذا الرأي د.أحمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص330–332.

(5) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص88.

ونتيجة لما سبق نقول: إذا كان المعيار القانوني في صورته التقليدية لا يؤدي إلى تحقق المعيار الاقتصادي لأنه قد يؤدي إلى دولية العقد رغم عدم اتصاله بمصالح التجارة الدولية، فالأمر يبدو مختلفاً بالنسبة للمعيار القانوني الحديث المضيق (المرن) حيث يؤدي هذا المعيار في الوقت نفسه إلى تحقق المعيار الاقتصادي[1]، لأن هذا المعيار يعتد فقط بالعناصر الأجنبية المؤثرة في العقد مثل محل التنفيذ، الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود، والذي تتحقق معه دولية العقد طبقاً للمعيار الاقتصادي[2].

وبالتالي، فإن المعيار القانوني الحديث يؤدي للنتيجة نفسها التي يسعى إليها أنصار المعيار الاقتصادي[3]، مما أدى إلى القول بضرورة الجمع بين المعيارين السابقين.

ثالثاً: المعيار المزدوج:

ذهب القضاء الفرنسي إلى الجمع بين المعيارين الاقتصادي والقانوني عند تقدير دولية الرابطة العقدية[4]. ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية في قضية (IMPEX) بتاريخ (1971/05/18) اعترفت المحكمة بالصفة الدولية لشرط التحكيم الوارد ضمن عقود متعلقة بتصدير كمية من الشعير من فرنسا إلى إيطاليا تم بيعها من قِبَل شركة فرنسية مركزها في فرنسا إلى شركة إيطالية مركزها الرئيسي في إيطاليا، ومن الملاحظ أنه بالنسبة لمحكمة النقض، تتضمن هذه العقود عدة عناصر أجنبية (المعيار القانوني) وتمس بالوقت ذاته بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي).

ويتضح مما سبق أنه يغدو غير واقعيٍ فحص عقد ما وتحليل مختلف عناصر استناداً إلى معيار واحد عند الحكم على العقد بأنه دولي أو داخلي، وهذا ما أيده

(1) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص90.

(2) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص57.

(3) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص90.

(4) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص58؛ د.محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص164.

القضاء الفرنسي كما رأينا في الحكم السابق عندما أخذ بالمعيار المزدوج عند الحكم بدولية العقد.

ونخلص إلى القول بكفاية المعيار القانوني المرن إذ يكفي وحده للحكم بدولية العقد على أساس أنه لا يعتد إلا بالعناصر المؤثرة في العقد للحكم بدوليته، خلافاً للمعايير الأخرى، ذلك أن الأخذ بالمعيار الاقتصادي إلى جانب المعيار القانوني الموسع سيؤدي إلى عدم الاعتداد بالعنصر الأجنبي الذي ينطوي عليه العقد إلاَّ إذا كان مؤثراً، وهو لا يكون كذلك إلاَّ إذا أدَّى إلى انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود[1].

مما يجعلنا نرجح كفة المعيار القانوني الحديث المرن بوصفه أكثر المعايير قدرة على تخطي عقبة التباين في طبيعة الروابط العقدية الدولية، على نحو يجعل من الصعب إعمال معيار موحد في شأنها.

لكن السؤال الذي يبحث عن إجابة هو: ما موقف المشرع الأردني مع هذه المعايير؟

فيما يتعلق برأي المشرع الأردني في المعيار الذي يعتمد عليه في اعتبار عقد العمل دولياً أم لا[2]، يتبين لنا أن المادة (20) من القانون المدني الأردني الخاصة بالالتزامات التعاقدية لم تذكر ضابطاً محدداً للإسناد يمكن على أساسه اعتبار الالتزام التعاقدي دولياً، وبالرجوع إلى نص المادة السابقة نجد المشرع قد استعمل تعبير "يسري على الالتزامات التعاقدية"، وقد يُفهم أن المقصود بهذا التعبير هو آثار التصرفات القانونية دون غيرها، إلاَّ أنه من المعلوم أن قصد المشرع من نص المادة (1/20) هو تنظيم العقد الدولي المشوب بعنصر أجنبي في مرحلتي تكوينه وترتب آثاره[3]، ويقصد بالعقد المشوب بعنصر أجنبي هو ما تطرقت إليه الصفة الأجنبية

---

(1) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص61؛ د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص92.

(2) د.حسن الهداوي، مرجع سابق، ص155 فيما يخص شمول المادة (20) من القانون المدني لحكم آثار العقد ومضمون الالتزام وانتقاله وانتهاؤه وتكوين العقد وأوصافه.

(3) د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص430 يرى أنه لقلة أهمية التفرقة بين الالتزام التعاقدي ومصدره (العقد) فإن المشرع خصهما بقاعدة إسناد واحدة.

من حيث أطرافه أو محل العقد أو مكان إبرامه أو هدفه أو مكان تنفيذه، أي أن المشرع الأردني قد اعتمد المعيار القانوني للحكم بدولية العقد من عدمها، ولم ينظر لمدى فاعلية أو تأثير العنصر الأجنبي في هذا الصدد، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز[1] أنه: "إذا تم توقيع عقد العمل في عمان بين فريقين أردنيين، كما تم إنهاء العمل وفصل المدعي في عمان الوطن المشترك للفريقين المتعاقدَين، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدَين وهو قانون المملكة الأردنية الهاشمية بمقتضى أحكام المادة (20) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدَين إذا اتخذا موطناً توفيقاً لمبدأ سيادة الدولة وقوانينها على مواطنيها وإقليمها، وهو نص آمر لا يخضع لسلطان إرادة المتعاقدَين في اختيار القانون الواجب التطبيق، أما إذا اختلفا موطناً فيسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر، أي أنه في حالة اختلاف الموطن فيجوز للمتعاقدَين الاتفاق على تطبيق حكم قانون الدولة التي يختاراها ويرد عليها قاعدة تنازع القوانين التي تشترط أن يكون التنازع مشتملاً على عنصر أجنبي، أي أنها اشترطت اشتمال العقد على عنصر أجنبي، ولم تشترط فاعلية هذا العنصر، مما يعني أنها أخذت بالمعيار القانوني دون غيره من المعايير، وحبذا لو اشترطت فاعلية هذا العنصر وأن يكون مؤثراً أخذاً بالمعيار القانوني المرن.

ضوابط الإسناد الوادة في المادة (20) من القانون المدني الأردني:

بعد أن بيَّنا أن المادة (20) من القانون المدني الأردني قصدت بالالتزامات التعاقدية التي يشملها حكم هذه المادة كل ما يتعلق بالعقد من تكوينه وأوصافه وآثاره وانتقاله وانقضائه، بالتالي فهي تحكم الفصل التعسفي –موضوع دراستنا– باعتباره طريقاً غير مشروع من طرق انتهاء العقد (عقد العمل) والمسؤولية المترتبة عليه مسؤولية عقدية يحكمها، ويرتب آثارها قانون العقد.

---

[1] تمييز حقوق رقم (1988/67)، هيئة خماسية بتاريخ (1988/02/28)، المنشور على الصفحة 1080، مجلة نقابة المحاميين بتاريخ (1990/01/01).

إن عملية التدرج للضوابط التي ذكرتها المادة (20) لا يعني التقديم والتأخير حسب التعداد الذي ورد في هذه المادة، وإنَّما التدرج حسب ما يوليه معنى النَّص من إعطاء الاختصاص في الالتزامات التعاقدية أولاً إلى القانون المختار، فإن لم يتفق المتعاقدان على قانون ما ليحكم علاقتهما التعاقدية يصار إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدَين، فإن لم يكن لهما موطناً مشتركاً يصار عندئذٍ إلى العمل بالضابط الثالث، وهو محل إبرام العقد أي يعطى الاختصاص إلى قانون البلد الذي أبرم فيه العقد.

ونتساءل ونحن في هذا المقام عن المقصود بقانون العقد الذي تشير له قاعدة التنازع؟

يتحدد المقصود بالقانون الذي يخضع العقد لأحكامه وفقاً لمنهج التنازع، بالقانون الداخلي لدولة معينة تتمتع بهذا الوصف طبقاً لمبادئ القانون الدولي العام[1].

وقد كان الفقه التقليدي يرى أن قواعد الإسناد لا تشير إلاَّ للقوانين الداخلية الصادرة عن دولة معينة، إلاَّ أن الاتجاهات الحديثة تنادي بضرورة التوسع في الإسناد بحيث لا يقف عند تحديد قانون داخلي لدولة معينة بوصفه القانون الواجب التطبيق على العقد، وإنما يجوز إسناد العلاقة العقدية إلى قواعد ليست مأخوذة عن نظام وطني معين، وإنَّما ذات صبغة عالمية مثل القواعد العرفية التي نشأت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الدولية[2]، وعليه يحق للخصوم إخضاع العقد لهذه الأعراف التجارية عملاً بقاعدة التنازع التي تخول لهم حق اختيار قانون العقد، إلاَّ أن تدويل العقد بهذه الصورة من إخضاعه للأعراف التجارية لا يُتصور إلاَّ أمام قضاء التحكيم، أما القضاء الداخلي فلا يقبل خضوع العقد إلاَّ للقانون الوطني لدولة

---

[1] د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص64؛ وانظر: د.غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الطبعة الثالثة، در وائل للنشر، عمان، 2001، ص60.

[2] د.أحمد صادق القشيري، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، بحث منشور، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 10، عدد 1، يناير 1968، ص133 وما بعدها.

ما[1]، وفي حال خضوع العقد لمثل هذه الأعراف التجارية، فإن ذلك لا يعدو أن يكون اختياراً مادياً يؤدي لنزول هذه الأعراف منزلة الشروط التعاقدية.

مما يعني في الغالب أن العقد لا بد وأن يخضع للقانون الوطني لدولةٍ ما، خاصة لو طرح النزاع بشأنه أمام القضاء الداخلي للدولة، إذ يستطيع المتعاقدان اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم عملاً بقاعدة التنازع التي تتخذ من إرادة المتعاقدَين ضابطاً للإسناد، تمنحهم القدرة على اختيار قانون العقد.

وهذا ما أشارت له المادة (20) من القانون المدني الأردني عندما ذكرت أنه بشأن الالتزامات التعاقدية فإنه يتعين البحث عن القانون الواجب التطبيق وفقاً لما اختارته إرادة المتعاقدَين صراحةً أو ضمناً، كما يستخلصها القاضي –عند سكوت الأطراف عن الاختيار– من ملابسات الوضع وظروف الحال، وعند عدم القدرة على التوصل إلى إرادة المتعاقدَين يتم اللجوء إلى تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدَين، وعند عدم توافر الموطن المشترك يطبق قانون بلد الإبرام، وهذا ما نتناوله تباعاً فيما يلي.

أولاً: قانون الإرادة:

التصرف القانوني هو إظهار للإرادة بغية تحقيق آثار قانونية، والالتزام التعاقدي هو حالة قانونية مصدرها العقد، ويكون فيها على شخص القيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل معين، وفي القانون الدولي الخاص تجد هذه الالتزامات التعاقدية المشوبة بعنصر أجنبي مجالها في قواعد الإسناد بهدف اختيار القانون الواجب التطبيق عليها.

ولأن الإرادة تحتل المركز الأول في اختيار القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المترتبة على الفصل التعسفي بوصفه من الالتزامات المترتبة عن الإخلال بتنفيذ العقد، فقد أعطى التشريع هذه الإرادة دوراً مهماً وحاسماً في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزام التعاقدي هذا.

---

[1] إن حكم المحكمة الذي طبق قانون التجارة الدولي يعد من قبيل تحكيم القانون، انظر في ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية Cass, 9 dec, 1981, Rev.Arb, 1982, note couche2, p. 183.

وقد كان لمبدأ سلطان الإرادة دوراً مهماً منذ البدايات، فقد حكم هذا المبدأ مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق في التصرفات الإرادية منذ البدايات الأولى لنشوء علم تنازع القوانين[1]، حيث أخضعت مدرسة الأحوال الإيطالية في القرنين الثاني والثالث عشر في البدايات الأولى للقاعدة التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، وقدم فقهاء هذه النظرية تعليلهم لمسلكهم هذا في خضوع العقد لقانون محل الإبرام بالرضاء الضمني للمتعاقدَين حين إبرامهما عقدهما تحت ظل هذا القانون[2].

وبالاستناد إلى التبرير السابق نادى الفقيه الفرنسي ديمولان في القرن السادس عشر إلى تحرير العقد من قانون بلد الإبرام وإخضاعه إلى أي قانون آخر يرتضيه أطرافه على أساس مبدأ سلطان الإرادة، وإعمال إرادة المتعاقدَين في تحديد القانون الذي يحكم العقد، فطالما أن العقد يخضع لقانون إبرامه بالاستناد إلى رضاء المتعاقدَين به، فإن للمتعاقدَين أن يختارا صراحةً قانوناً آخر غيره ليحكمه دون تكليفهما مشقة الانتقال إلى بلد القانون الذي يرغبان بتطبيقه على عقدهما وإبرامه فيه[3]، وبالتالي قرر ديمولان إخضاع العقد من حيث موضوعه لقانون الإرادة[4]، ومنذ ذلك الوقت استقرت هذه القاعدة وأصبحت قاعدة تقليدية في الوقت الحاضر، حيث تبناها الفقه منذ القرن التاسع عشر، وكذلك حين أخذت بها التشريعات المختلفة وتبناها القضاء في معظم دول العالم في مجال العقود الدولية التي يشوبها عنصر

---

[1] د.أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة 17، العدد 1، 2، مارس، 1993، ص175.

[2] د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص419؛ وانظر د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص647؛ وكتابه القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص19؛ وانظر د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي، بيروت، 2004، ص363.

[3] د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص420؛ د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص20؛ وكتابه تنازع القوانين، مرجع سابق، ص647.

[4] د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص27.

أجنبي، فأصبح للمتعاقدَين في هذه العقود الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما.

ولكن ما هي صور هذه الإرادة، وما هو الوقت الذي يعتد به لاختيار الإرادة لقانون العقد، وهل هذه الإرادة مطلقة أم مقيدة؟ جميع هذه المسائل سوف نتطرق لها في المواضيع التالية.

يكون اختيار قانون العقد إما صراحةً عندما يعين المتعاقدان في العقد قانوناً ما بالاسم على أن النزاع يخضع له، وقد يكون الاختيار ضمنياً عندما يستخلصه القاضي من الظروف المحيطة بالعقد، أو من تفسير عباراته الدالة على هذا الاختيار، فالنص مثلاً على جعل النظر في المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص دولة معينة، يمكن أن يفهم منه انصراف نية الأطراف لإخضاع العقد لقانون دولة القاضي، وقد تستخلص هذه النية من تحرير العقد بلغة معينة، والكشف عن النية الضمنية هذه من قِبَل القاضي يجب أن يكون كشفاً شخصياً واضحاً يتحدد بإرادة هؤلاء الأفراد أطراف النزاع بحيث يكون دالاً دلالةً قويَّةً على وجود نيَّة حقيقية في اختيار القانون الواجب التطبيق[1].

وقد تكون الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي إرادةً مفترضةً عندما لا يقوم المتعاقدان بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهما وعندما لا تفصح ظروف الحال عن ذلك القانون في الأنظمة التي تقوم على غير الإسناد الجامد للرابطة العقدية، خلافاً للمشرع الأردني الذي اعتمد الأسلوب الجامد في إسناد الرابطة العقدية بتحديده لضابطي الموطن المشترك ومكان إبرام العقد.

1. صور الإرادة:

إن لإرادة المتعاقدين حين اختيارها لقانون العقد صوراً متعددة ندرسها تالياً، وتتمثل بـــ:

---

[1] د.أحمد السمدان، مرجع سابق، ص177.

أ. **الإرادة الصريحة:**

هي إرادة أطراف النزاع –العامل وصاحب العمل– في حالة الفصل التعسفي للعامل المرتبط بصاحب العمل بعقد عمل فردي والتي يعبر فيها الأطراف بعبارة صريحة وواضحة ومعلنة، بحيث تعبر عن إرادة الأطراف الحقيقية في اتجاه نيتهم إلى تطبيق قانون دولة معينة على النزاع الثائر بينهم[1]، ولا تثير الإرادة الصريحة أية مشكلة ولكن قد لا يعيّن الأطراف إرادتهم صراحة في اختيار القانون الواجب التطبيق، وهنا تكمن المشكلة، فيكون على القاضي أن يستظهر نية الأطراف فيما يسمى بالإرادة الضمنية.

ب. **الإرادة الضمنية:**

وهي إرادة حقيقية للأطراف ولكنها غير معلنة، يقوم القاضي باستخلاصها من ظروف الحال نتيجة قيامه بتفسير العقد، وهو بذلك لا يخضع لرقابة المحاكم العليا –محكمة التمييز– باعتبار البحث عن نية الأطراف في هذه الحالة من قبيل تفسير العقد بالاعتماد على مؤشرات داخل العقد للكشف عن إرادة الأطراف الضمنية في إعطاء الاختصاص لقانون يحكم هذه العلاقة[2].

ومن أمثلة هذه الظروف النص بالعقد على جعل المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولة معينة، أو جعل الاختصاص لقانون الموثق الذي حرر لديه العقد، واللغة التي حرر بها والعملة المتفق على الوفاء بها، واتحاد جنسية الخصوم هي من الأمور الدالة على الإرادة الضمنية للأطراف.

ويُختلف في قدر الاعتداد بهذه الظروف، ومن الغالب أن يجمع القضاء بين أكثر من ظرف للتعرف على نية المتعاقدَين[3].

---

[1] د.غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص131؛ د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الموضوعية والنظرية الشخصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص166.

[2] د.حسن الهداوي، مرجع سابق، ص152.

[3] د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص431.

كما يمكن أن يستدل من سلوك الأطراف بعد إنشاء العقد لاستخلاص انصراف إرادتهم إلى إعطاء الاختصاص ضمناً لقانون معين، كما لو سكت أحدهما بعدما طلب الآخر أمام المحكمة تطبيق قانون دولة معينة[1].

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الأردني قد ساوى بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية متى أمكن استظهارها من قِبَل القاضي، وتجاهلها يؤدي إلى تجاهل قاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع العقد لقانون الإرادة[2].

وتثور المشكلة في تحديد قانون العقد الذي اختارته الإرادة عندما لا يكون هناك تعبير صريح عن إرادة الأطراف في اختيار قانون العقد، وعندما لا يتمكن القاضي من استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدَين، حينها يتم اللجوء لاستظهار نية الأطراف من خلال ما يعرف بالإرادة المفترضة للأطراف، فما هي الإرادة المفترضة؟، وهل لهذه الإرادة مكاناً في التشريع الأردني وفقاً لنص المادة (20) من القانون المدني الأردني الخاصة بالالتزامات التعاقدية؟.

ج. الإرادة المفترضة:

قد لا يصرح المتعاقدان عن إرادتهما في شأن تحديد القانون الذي يحكم العقد، كما أن ظروف الحال قد لا تنم عن إرادتهما الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق، عندها يلجأ القضاء إلى تعيين القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان فيما لو صرفا إرادتيهما إلى تحديد القانون الذي يحكم العقد، فالقاضي في هذه الحالة لا يفسر العقد للتعرف على ما قصده المتعاقدان، وإنَّما هو يعين ما كان يقصده المتعاقدان، أي هو لا يبحث عن إرادة للمتعاقدَين موجودة فعلاً حتى ولو كانت (ضمنية) بل يفرض عليهما إرادة غير

---

[1] . غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص132.

[2] د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، مرجع سابق، ص79؛ يؤيده في ذلك ما جاء في اتفاقية لاهاي لسنة (1955) في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية حيث نصت على ضرورة "أن يكون اختيار الأطراف لقانون العقد صريحاً ومستخلصاً على سبيل الحتم من نصوص العقد".

موجودة فعلاً، ويقيمها على قرائن مستمدة من ظروف العقد يأخذها القاضي بمعيار موضوعي هو الرجل المعتاد وتسمى الإرادة (المفترضة).

ويؤدي الأخذ بالإرادة المفترضة إلى إخراج العقد من نطاق إرادة المتعاقدَين، إذ أن ما يحصل هو أن إرادة القاضي هي التي تعين القانون الواجب التطبيق وليس إرادة المتعاقدَين[1]، وحقيقة الأمر أن ما يسمى إرادة مفترضة لا يعدو في الحقيقة كونه إرادة مفروضة من القاضي، والقرائن التي تقوم عليها هذه الإرادة، قد تكون دليلاً على الإرادة الضمنية، وليس على الإرادة المفترضة، مثل محل تكوين العقد، ومحل تنفيذه والموطن المشترك أو مركز الأعمال المشترك للمتعاقدَين أو الجنسية المشتركة.

من خلال ملاحظة ضوابط الإسناد في المادة (20) من القانون الأردني نستطيع الوصول إلى قصد المشرع من اعتماده لضوابط الإسناد، ورأيه في الإرادة المفترضة كضابط للإسناد، إذ أن المشرع الأردني قد أجاز بداية لإرادة الأطراف أن تختار صراحةً أو ضمناً القانون الذي يحكم العقد، وعندما لا تعين إرادة المتعاقدَين القانون الواجب التطبيق، طبق القاضي على العقد قانون الموطن المشترك للمتعاقدَين، فإن لم يكن لهما موطناً مشتركاً طبق قانون محل إبرام العقد، أي قانون الدولة التي تم فيها العقد، ولعله لا محل لوصف كل من هذين القانونين بأنه قانون إرادة المتعاقدَين المفترضة، إذ الواقع أن إرادة المشرع هي التي عينت القانون الواجب التطبيق.

ويبدو أن المشرع قد تخير الموطن المشترك على أساس أنه يوفر سلامة المعاملات المالية والعقدية، ويؤدي إلى استقرارها إذا كان للمتعاقدَين موطناً مشتركاً، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، أي مكان الإبرام.

وخلاصة القول فإن المشرع الأردني قد أوجد ضوابط إسناد أصلية هي المرتبطة بالإرادة في اختيار القانون المختص في قوله "ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك" مما يعني أن الإرادة بحكم تعبير المشرع (مطلقة) فتشمل التعبير الصريح

---

[1] د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص432.

والضمني، ويشمل إمكانية تطبيق أكثر من قانون واحد في وقت واحد على العقد أو تجزئة العقد، وتطبيق قوانين مختلفة طالما اتجهت الإرادة إلى ذلك.

وإضافة لقاعدة الإسناد الأصلية، فقد أورد المشرع ضوابط إسناد احتياطية تتمثل في قانون الموطن المشترك، وقانون محل الإبرام لتحل محل ضابط الإرادة في الحالات التي يعجز فيها القاضي عن كشف مضمون الإرادة لعدم وضوحها صراحةً أو ضمناً، أو لكون الإرادة غير متجهة نحو تحديد قانون معين[1]، أي أن المشرع الأردني قد أخذ بأسلوب الإسناد الجامد للرابطة العقدية.

الأمر الذي يؤدي إلى إعمال ضوابط الإسناد الأخرى التي نصت عليها المادة (20) من القانون المدني في حال سكوت الإرادة، وعدم التوصل إلى إرادة الأطراف الضمنية في اختيارها لقانون العقد.

2. وقت اختيار الإرادة لقانون العقد:

يعمد المتعاقدان غالباً إلى الاتفاق على اختيار القانون الذي يحكم التزاماتهما التعاقدية صراحةً عند إبرام العقد الأصلي بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط العقد الأصلي أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه، إلاَّ أنه في بعض الحالات يتم الاتفاق على هذا الاختيار في مرحلة لاحقة على إبرام العقد الأصلي باتفاق صريحٍ أو ضمنيٍ يستخلصه القاضي من دلائل تكشف عن هذا الاختيار عند طرح النزاع، وقد تُثار مسألة الاختيار هذه لأول مرة عندما يتم طرح النزاع على القاضي، فإذا حدث ذلك فهل تكون إرادة الأطراف في ذلك معتبرة؟ وهل يعتد القاضي بها؟[2].

في الحقيقة أنه من حيث المبدأ لا بد من أن يتزامن إبرام العقد الأصلي مع اتفاق اختيار القانون الواجب التطبيق عليه؛ لأن القول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الاعتراف للمتعاقدين بسلطة غير مألوفة تجاه اختيار قانون العقد، أضف إلى

---

[1] د.غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص131.

[2] د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص358.

ذلك أن إرادة الأفراد عبارة عن ضابط إسناد تتضمنه قاعدة الإسناد، مما يقتضي توفر معيار الإسناد عند التعاقد(1).

إضافة إلى أن حق المتعاقدَين في اختيار قانون العقد لا يستند إلى قاعدة مادية في قانون القاضي، وإنما إلى قاعدة من قواعد التنازع في هذه القانون.

وإرادة الأفراد عبارة عن ضابط للإسناد تتضمنه قاعدة التنازع مما يقتضي توفر معيار الإسناد عند التعاقد(2).

ويعاب على الرأي السابق أنه يؤدي إلى إهدار توقعات الأطراف، في حالة تم الاختيار لاحقاً للقانون الذي يحكم العقد الأصلي بعد البدء بالتنفيذ، أو عند تغيير هذا الاختيار في مرحلة لاحقة.

إلا أن الاختيار اللاحق لقانون العقد في الحقيقة يؤدي إلى إهدار توقعات المتعاقدَين، أضف إلى ذلك أنه قد يؤدي أيضاً إلى تغيير وتعديل للقانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية كما حدده المشرع عند إبرام العقد في حالة سكوت المتعاقدَين عن اختيار القانون الذي يحكم التزاماتهم التعاقدية، لهذا يقتضي وفقاً لهذا الرأي ضرورة وجود قانون واحد يحكم الرابطة العقدية منذ البداية، ولا يجوز تحديد هذا القانون في مرحلة لاحقة وبأثر رجعي، وعلى أساس لم يكن متوقعاً عند إبرام العقد(3)، لكن بالرغم من العيوب السابقة للاختيار اللاحق لقانون العقد، فإنه يسمح به شريطة أن يراعى تحفظان حتى يمكن الاعتداد بتنفيذ قانون العقد، التحفظ الأول أن

---

(1) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص108.

(2) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص108، ويخالف هذا الرأي من ضرورة حجية توافر ضابط الإسناد عن التعاقد؛ د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص359، ولا يوجد هناك ما يجبر المتعاقدَين على إتمام الاختيار عند إبرام العقد الأصلي، خاصة أن اتفاق الاختيار مستقل عن العقد الأصلي، خاصة وأن المشرع في دولة القاضي قام بحسم هذه المسألة المتعلقة بالتنازع المتحرك بنص صريح.

(3) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص360.

لا يؤدي هذا التغيير إلى إبطال العقد الذي نشأ صحيحاً من حيث الشكل عند التعاقد، والثاني: حماية حقوق الغير[1].

3. حرية الإرادة بين الإطلاق والتقييد (النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية)[2].

بعد استقرار فقه القانون الدولي الخاص الغالب في رحاب المذاهب الفردية على تطبيق قانون الإرادة في مسائل العقود الدولية كان من الطبيعي أن يفرز هذا الصراع الفكري بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي أثره على الدور الذي تقوم به الإرادة في تحديدها للقانون الواجب التطبيق على الروابط العقدية الدولية، خاصة وأن هذه الروابط –على العكس من الروابط الداخلية– تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد مما تثار معه بشأنها مشكلة تنازع القوانين.

فهل الإرادة حرة في اختيارها لقانون العقد، أم أن هناك قيوداً تحد من قدرتها على الاختيار؟

للإجابة عن هذا السؤال ظهرت نظريتان ترتب على الأخذ بهما اختلاف الآثار المترتبة في كل واحدة منهما عن الأخرى، وسنتناولهما بالبحث تباعاً، ثم نبين موقف المشرع الأردني منهما:

أ. النظرية الشخصية: ذهب أنصار النظرية الشخصية والتي تنتمي إلى تعاليم المذهب الفردي إلى تقديس إرادة الفرد في التعاقد والاعتراف بحق المتعاقدَين ليس فحسب في إبرام العقد وتحديد شروطه، بل أيضاً في اختيار القانون الذي يرونه أكثر تعبيراً عن مصالحهم المشتركة لتنظيم العقد المبرم بينهم، وتملك الإرادة بالتالي حق الاختيار المادي للأحكام التي تنظم الرابطة العقدية، ويترتب

---

(1) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص109؛ انظر أيضاً: د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص362 وما بعدها.

(2) اعتمدنا في البحث رأي د.هشام علي صادق بخصوص معيار التفرقة بين النظرية الشخصية والموضوعية، وذلك بالاعتماد على وضع الإرادة في مواجهة قانون العقد، وهذا المعيار يخالف المعيار الذي درج الشراح على اعتناقه كأساس للتمييز بين النظريتين، إذ يجري الفقه على الاستناد في هذا الصدد إلى معيار مستمد من وسيلة تحديد قانون العقد، لا على وضع الإرادة في مواجهة هذا القانون، انظر في ذلك: د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص39.

على هذا الاختيار الذي يستند إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة أن يندمج القانون المختار في العقد وتنزل أحكامه منزلة الشروط التعاقدية التي يستطيع الأفراد الاتفاق على ما يخالفها حتى ولو كانت ذات صبغة آمرة.

وأساس هذه النظرية هو أنه ما دام العقد الدولي يرتبط بأكثر من قانون دولة واحدة، فهو إذن يفلت من الخضوع لأي نظام قانوني محدد[1]، وإذ ينشأ العقد يصبح ملزماً لأطرافه بوصفه شريعة المتعاقدَين، وبالتالي أخرج أنصار النظرية الشخصية العقد الدولي من دائرة التنازع، فهي عقود تفلت من تنازع القوانين وتزاحمها ولا تخضع على هذا النحو لغير سلطان الإرادة[2]، وبهذا تسمو إرادة المتعاقدَين فوق القانون، والذي يستمد قوته الملزمة بالتالي من اتفاق الأطراف على اختيار أحكامه لتنظيم الرابطة العقدية[3]، وفي النتيجة فإن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى أن يبقى العقد طليقاً بلا قانون يحكمه مما يعني إخراجه من مجال تنازع القوانين.

ويكون التعبير عن إرادة المتعاقدَين في اختيارهم للقانون الذي يحكم العقد، إما صراحةً أو ضمناً في حالة إذا لم يقم المتعاقدان بتعيين قانون العقد صراحة، عندها يقوم القاضي باستظهار إرادة الأطراف الضمنية، فإن لم يستطع الكشف عنها فهو يملك تحديد إرادتهم المفترضة في اختيار قانون العقد، ما لم يكن المشرع قد حدّد بنفسه هذه الإرادة من خلال قرائن تختلف بحسب الأحوال، فالإرادة المفترضة لدى أنصار النظرية الشخصية تبدو باعتبارها إرادة المتعاقدَين كما يتصورها القاضي أو المشرع[4]، بالتالي لا يتصور اندماج القانون في العقد في حال سكوت الأطراف عن اختيار القانون الذي يحكم العقد لأننا نكون في الواقع أمام قانون عينه المشرع أو حدده القاضي ليحكم الرابطة العقدية، وليس أمام قانون اختارته إرادة

---

(1) بخصوص العقد الدولي الطليق، انظر: د.أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية، دار النهضة العربية، 1989.

(2) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص104؛ وانظر: د.صلاح محمد السعيد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات الإيجار، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1980، ص63.

(3) د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص81.

(4) د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص83.

المتعاقدَين، بحيث تملك الإفلات من أحكام القانون والنزول منزلة الشروط العقدية بخلاف حالة الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد الذي يندرج فيه القانون المختار مع العقد ليصبح بمنزلة شرط أو بند في العقد، مما يترتب عليه معاملته في حالة الاختيار الصريح أو الضمني معاملة الوقائع أمام القاضي الوطني[1]، سواء من حيث إثباتها أو من حيث امتداد رقابة المحكمة العليا على تفسيرها، ولا يلتزم القاضي بالتالي بإقامة الدليل على أحكام القانون الأجنبي المختار والبحث عن مضمونه من تلقاء نفسه، وإنما يتعين على الخصم الذي يتمسك بتطبيق هذا القانون إثبات أحكامه كما هو الشأن بالنسبة للوقائع[2].

بالتالي تفلت محكمة الموضوع من رقابة المحكمة العليا عند إساءتها في تفسير أحكام القانون الأجنبي باعتبارها مسألة من مسائل الواقع التي تخرج عن اختصاصها[3].

ومن الأمور الهامة التي تترتب على الأخذ بالنظرية الشخصية واندماج القانون الأجنبي المختار في العقد، وأخذه حكم الشرط التعاقدي أنه يجوز للخصوم استبعاد أحكامه الآمرة، مما يعني بقاء العقد طليقاً دون قانون يحكمه، مع عدم السماح للمتعاقدَين الأخذ بنصوص القانون المختار التي تتعارض مع القواعد الآمرة في قانون القاضي حتى ولو لم تصطدم بالنظام العام الوطني على المعنى المحدد له في القانون الدولي الخاص[4].

ولا يشترط وفقاً لهذه النظرية توافر صلة بين القانون المختار وبين العقد لأن في اشتراط مثل هذه الصلة تعارض مع مبدأ سلطان الإرادة وحرية الاختيار نفسها؛ لأن من شأن ذلك أن يجعل الاختيار خاضع لنظام قانوني معين قد لا يقر صحة هذا

---

(1) د.أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة، مرجع سابق، ص137.

(2) د.غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص160.

(3) د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص83.

(4) د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، بند 86، بخصوص مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.

الاختيار، ونتيجة لحرية الأشخاص غير المقيدة في اختيار القانون الذي لا يرتبط بالعقد بصلة، فإن من المنطقي أن يتم إخضاع التصرف القانوني الواحد لأكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية للرابطة العقدية دون أي قيد يذكر، وذلك تحقيقاً لصالح المتعاقدَين وبما يتلاءم مع ظروف التعاقد، مما يمكنهم من التهرب من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة[1].

ويترتب كذلك على مبدأ سلطان الإرادة وفق النظرية الشخصية رفض فكرة الإحالة من قانون الإرادة لأي قانون آخر؛ لأن اختيار المتعاقدان لأحكام قانون معين لتصبح جزءاً من شروطهم التعاقدية يتنافى في ذاته مع فكرة الإحالة التي تفترض آليتها أن اختصاص قانون الإرادة الذي تم اختياره صراحةً أو ضمناً، قد تم على أساس قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وليس استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة[2].

ويرفض أنصار النظرية الشخصية ما قد تؤدي إليه أحكام القانون المختار من إبطال للعقد، حيث أنه باندماج هذا القانون في العقد يتجرد من عنصره الآمر الذي يؤدي إلى بطلان العقد ويصير شرطاً من شروطه التعاقدية التي لا يتصور أن يؤدي إلى بطلان العقد، الأمر الذي يصادر الهدف الذي يسعى إليه المتعاقدان[3].

وحفاظاً على حرية الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم العقدية قد يلجأ الأطراف إلى الحد الذي يشترطون فيه عدم الخضوع لأي تعديلات تشريعية لاحقة قد تطرأ على القانون المختار بعد إبرام العقد، بحيث لا تندمج هذه التعديلات في العقد ولا تعد جزءاً من شروطه التعاقدية حتى ولو كانت ذات صبغة آمرة، ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك[4].

---

[1] د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص86؛ وانظر: د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص109.

[2] د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص110.

[3] محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص87؛ د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص113-115.

[4] د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص89؛ وراجع: د.أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص110 هامش 37.

ومن الملاحظ أن منطق النظرية الشخصية قد سعى إلى تحرير العقد من حكم القانون، وذلك بالاعتماد على مطلق سلطان الإرادة، إلاَّ أن المناهضين لهذه الفكرة قد حصروا دور الإرادة في إخضاع العقد لحكم القانون المختار والذي لا تقوى الإرادة على الخروج عن قواعده الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، واعتبارها فقط مجرد ضابط إسناد يقتصر دوره على تركيز العقد في إطار نظام قانوني معين يرتبط به مما يخضعه بالتالي للأحكام الآمرة في هذا النظام، وهذا ما سنتناوله تالياً تحت عنوان النظرية الموضوعية، والتي يخضع العقد في إطارها لحكم القانون.

ب. النظرية الموضوعية وتأثيرها على دور الإرادة في اختيار العقد: يُرجع أنصار النظرية الموضوعية دور الإرادة في اختيار قانون العقد إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي تخضع بمقتضاها الرابطة العقدية لسلطان القانون المختار[1].

ويترتب على الأخذ بالنظرية الموضوعية النتائج التالية:

احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية:

ترجع قدرة الإرادة على اختيار القانون المختص –وفقاً للنظرية الموضوعية– إلى قاعدة الإسناد التي تمنح للخصوم حرية اختيار القانون، ويعتمد اختيار الإرادة للقانون المختص على سيادة القانون نفسه، حيث تعتبر الإرادة نتيجة لذلك مجرد ضابط إسناد يرشد إلى القانون الواجب التطبيق[2]، الأمر الذي يؤدي إلى تطبيق القانون المختار على العقد بوصفه قانوناً، بالتالي فلا يجوز للمتعاقدَين مخالفة الأحكام الآمرة في القانون المختار حتى ولو كانت هذه الأحكام غير متعلقة بالنظام العام في دولة القاضي، في حين أنه يجوز لهم الاتفاق على مخالفة أحكامه المكملة، حتى لو كانت مثيلتها في قانون القاضي تتصف بالصفة الآمرة، ما لم يكن ذلك مخالفاً في

---

(1) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص97؛ وانظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص268.

(2) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص112؛ وانظر: محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، ص94.

نفس الوقت للنظام العام الوطني وفقاً لمعناه المتعارف عليه في فقه القانون الدولي الخاص[1].

إمكانية إبطال العقد وفقاً لأحكام القانون المختار:

بما أن القانون المختار ينطبق على العقد بناءً على إرادة المشرع بمقتضى قاعدة الإسناد لدولة القاضي، وليس بناءً على مبدأ سلطان الإرادة، فلا يستغرب أن يؤدي هذا القانون إلى إبطال العقد، الذي غالباً ما يتقرر لمصلحة الطرف الضعيف في الرابطة العقدية.

ويقال أنه من المقبول أن يؤدي قانون العقد إلى إبطاله في حالة سكوت المتعاقدَين عن اختيار هذا القانون، إذ يتولى المشرع أو القاضي تحديده، لكن من غير المقبول أن يبطل العقد في حالة اختيار المتعاقدَين لهذا القانون صراحة، إذ كيف يمكن تطبيق قانون الإرادة على أساس أنه القانون الذي يناسب المتعاقدَان إذا كان هذا القانون يؤدي إلى إبطال تعاقدهما؟[2].

في الحقيقة يمكن دعم فكرة رفض إبطال العقد استناداً إلى ما تقرره أحكام القانون المختار حرصاً على حماية توقعات الأفراد.

اشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد:

على اعتبار أن الإرادة ضابطاً للإسناد يتم اختيار المتعاقدان لقانون العقد بمقتضاها، فإنه يتعين تقييد حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، بضرورة توافر صلة وثيقة بين هذا الأخير وبين العقد، فإذا اختارت الإرادة قانوناً لا صلة له بالعقد فإنها تكون بذلك قد تخطت دائرة التنازع التي تعمل هذه القاعدة في إطارها، مما يشكل خرقاً لأهداف تلك القاعدة والتي يتعين على الإرادة عدم الخروج عليها، واختيار قانون العقد من بين القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة العقدية، وهي قوانين تتصل بالضرورة بهذه الرابطة.

---

(1) راجع د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، بند 86؛ وكذلك عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، بند 145، ص529.

(2) محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، بند 173، ص112.

ومع ذلك يرى جانب من الفقه عدم اشتراط صلة بين القانون المختار والعقد على أساس أن القانون الدولي الخاص يستهدف حماية المصالح الفردية في الأصل دون اهتمام كبير بالتدخل الآمر خلافاً للقانون الداخلي الذي يهدف للحد من الرغبات الفردية المتطرفة بالقدر الذي يتناسب وحماية المصلحة العليا للجماعة، فإذا كان من حق المتعاقدَين اختيار قانون على صلة بالعقد دون قانون آخر على صلة هو الآخر بالعقد، مما يفيد عدم الاختصاص المطلق لأي من هذين القانونين في حكم العقد، فلا مانع إذن من قيام المتعاقدَين باختيار قانون ثالث لا يرتبط بالعقد بأي صلة[1].

وبالرغم من هذا الرأي الأخير فقد استقر الفقه والقضاء على اشتراط أن يكون القانون المختار على صلة بالعقد؛ لأن إطلاق حرية المتعاقدَين في اختيار قانون محايد يتيح لهم في النهاية التهرب من الأحكام الآمرة في القوانين المرتبطة بالعقد[2].

وعليه يميل الفقه إلى الاكتفاء بوجود الصلة المشروعة للمتعاقدَين في اختيار قانون معين حتى ولو لم يكن هذا القانون على صلة بالعقد[3]، ويعاب على هذا الرأي مخالفته لوظيفة قاعدة الإسناد، إذ كيف يتصور أن تشير إلى قانون محايد لا يتصل بالنزاع؛ مما دفع للقول إلى ضرورة توافر صلة جادة بين القانون المختار والعقد[4].

لذا اتجه رأي إلى الاقتصار على توافر صلة معقولة بين القانون المختار والعقد، حتى ولو لم ينصب على القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية[5].

وبذا لا يشترط في قانون العقد أن يكون هو القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية إلاَّ في حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد.

---

(1) د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص99، هامش رقم 2.

(2) د، محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص109، بند 107.

(3) د.عبد العال عكاشة، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص52 وما بعدها.

(4) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص347.

(5) د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص110.

وفي كل الأحوال رغم هذا التباين حول طبيعة الصلة، فإنه يتوجب أن تكون هناك صلة ما بين القانون المختار وبين العقد تستمد من عناصر الرابطة العقدية سواء الشخصية كاختيار قانون الجنسية أو الموطن، أو الموضوعية كاختيار قانون محل الإبرام أو محل التنفيذ، ولا يشترط أن تكون هذه الصلة ذات طابع إقليمي أو مادي، بل يمكن أن تكون ذهنية تكشف عن الارتباط القائم بين العلاقة العقدية وبين نظام قانوني معين، كما في اختيار القانون الإنجليزي الذي اشتهر بتنظيم بعض عقود التأمين البحري وتجارة الحبوب، حتى ولو لم تكن هناك صلة مادية بينه وبين العقد موضوع النزاع.

ومع ذلك فالعقد في هذه الحالة يرتبط في الواقع بالقانون المختار بصلة ذات طابع اجتماعي واقتصادي تأتي من حاجة التجارة الدولية، وتكشف عن انتمائه لهذا النظام القانوني[(1)]، بل ويكفي اتفاق المتعاقدين على الخضوع الاختياري لولاية قضاء محايد ما دام أن لهما مصلحة مشروعة في ذلك[(2)]، مما يؤدي إلى توافر صلة مادية أيضاً بين العقد وقانون دولة المحكمة التي اتفق في العقد على طرح النزاع أمامها مما يجعل اختيارهما لقانون هذه الدولة صحيحاً[(3)].

وخلاصة ما سبق، فالقانون المختار يجب أن يكون على صلة بالرابطة العقدية، ولا يشترط أن ينصب الاختيار على القانون الأوثق صلة بهذه الرابطة، كما لا يشترط أن تكون الصلة هذه ذات طابع مكاني أو مادي، وإنما يمكن أن تكون صلة ذهنية تكشف عن ارتباط العقد بنظام قانوني معين.

الاعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة:

ينطبق القانون المختار –وفقاً للنظرية الموضوعية– على العلاقة العقدية بوصفه قانوناً، فلا يجوز بالتالي الاتفاق على مخالفة أحكامه الآمرة، وما دام أن القانون المختار ينطبق على العقد بصفته هذه، فإن الرجوع لقواعد التنازع الزماني للقوانين في هذا القانون سيؤدي إلى سريان التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام

---

(1) د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص435.

(2) د.حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، الإسكندرية، 1993، بند 127.

(3) Batiffol- Subjectisime..., Op. Cit., p54.

العقد بأثر فوري، مما يتعين فيه إعمال القوانين المعدلة –في هذه الحالة– استناداً إلى صفتها الآمرة والتي لا يحق للمتعاقدَين على هذا النحو استبعادها، في حين أنه يحق للمتعاقدَين الاتفاق على استبعاد التعديلات التشريعية اللاحقة التي تتسم بالصفة المكملة فقط[1].

رفض الإحالة:

تتفق النظرية الموضوعية مع النظرية الشخصية في رفضها للإحالة، مع اختلاف التبرير في كل منهما عن الأخرى، ففي حين تبرر النظرية الشخصية رفضها للإحالة بضرورة صيانة توقعات المتعاقدَين، الذين بناءً على إرادتهما في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ليندمج في النتيجة مع العقد ويصبح من شروطه، مما يتنافى معه في هذه الحالة قبول فكرة الإحالة، أما أنصار النظرية الموضوعية قد رفضوا فكرة الإحالة أيضاً– حتى ولو كانوا من أنصارها في مجالات أخرى[2]، إذ أن منطق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع ضابط الإسناد الذي تتضمنه قاعدة التنازع في قانون القاضي، والتي خولت للمتعاقدَين حق اختيار قانون العقد، إذ أن الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون المختار وتطبيقها بالإحالة من قانون القاضي سيؤدي إلى خضوع العقد لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي ارتضاه المتعاقدان، مما يؤدي إلى الإخلال بتوقعاتهم المشروعة[3]، وذلك ما لم تتطرق إرادة المتعاقدَين إلى غير ذلك[4].

ومما سبق يتضح أن الغالبية تتجه إلى رفض فكرة الإحالة في مجال الروابط العقدية سواء أكان خضوع العقد لقانون الإرادة قد تم بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في قانون القاضي، أم بناءً على قاعدة مادية في هذا القانون، وقد

---

[1] د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص114؛ وراجع كتابه: حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص122.

[2] راجع في الخلاف بين مؤيدي ومعارضي الإحالة د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، بند 52 وما بعده، وانظر: د.غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص81–84.

[3] د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص117.

[4] د.هشام علي صادق، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص198.

تبنى التشريع الأردني هذا الموقف صراحة في المادة (28) من القانون المدني الأردني، إذ نص على أنه: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلاَّ أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"، وهذا النص رفض الإحالة على أساس "أن قاعدة الإسناد تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معين لاعتبارات خاصة، وفي قبول الإحالة أيّاً كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات، ونقض لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة"[1].

وأرى أنه لا يمكن أن يلحق هذه القاعدة المقررة في رفض الإحالة بموجب المادة (28) أي من الاستثناءات التي ترد في قانون خاص أو اتفاقية دولية نافذة في الأردن بمقتضى المادة (24) من القانون المدني الأردني؛ لأنَّ المادة (24) أجازت الخروج عمَّا تقرره قواعد الإسناد السابقة إذا وجد نص خاص أو اتفاقية دولية بقولها: "لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها".

ومن الملاحظ أن المادة (24) قد وردت سابقة على المادة (28) التي ترفض الإحالة، وبالتالي لا يسري حكم المادة (24) في الاستثناء الذي قررته على المادة (28) الخاصة برفض الإحالة، فإذا نصت اتفاقية دولية نافذة في الأردن على قبول الإحالة في مسألة معينة، لا يعني ذلك قبولاً بالإحالة وتنظيماً لتنازع القوانين بين الأردن والدولة المتعاقدة بصورة عامة ومطلقة، بل يعتبر تنظيماً لجانب معين من تنازع القوانين بينهما[2].

وبعد أن بينا مدى حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق وما هو وضع الإرادة في مواجهة قانون العقد في كل من النظرية الشخصية والموضوعية وأوضحنا النتائج المترتبة على رأي كل واحدة منهما، نتساءل ونحن في هذا المقام عن موقف المشرع الأردني إزاء النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية عند تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

---

(1) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، ص54.

(2) د.غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص85.

لقد تضمنت المادة (1/20) من القانون المدني الأردني أكثر من ضابط للإسناد يشير إلى تطبيق أكثر من قانون على العلاقة التعاقدية، إذ نصت على أنه: "1. يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

وقد تعددت ضوابط الإسناد في هذه المادة تعدداً متدرجاً على خلاف ما يوحي به التقديم والتأخير في النص، إذ تأتي الإرادة أولاً بشقيها الصريح والضمني، ثم قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ثم قانون مكان الإبرام، وتترتب القوانين تباعاً في الشكل السابق وفقاً لارتباط القوانين المختارة بالعلاقة القانونية، فإذا لم ينطبق الأول ينطبق الثاني، وهكذا.

وينصرف حكم هذه المادة ليس فقط على الالتزامات التعاقدية، وإنما إلى العقد بوصفه مصدراً لها، إذ لا فرق بين مصدر الحق الشخصي والالتزام المترتب عليه، خلافاً للحقوق العينية التي يكون من المهم فيها التفرقة بين الحق والالتزام المترتب عليه[1]، وبناءً عليه تسري أحكام هذه المادة على آثار العقد وتكوينه من أوصاف وآثار وانتقال وانقضاء[2]، ومنها بطبيعة الحال الفصل التعسفي- بوصفه ناشئاً عن عقد عمل، ويرتب مسؤولية عقدية على عاتق أطرافه، استناداً إلى ما وضحته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إذ جاء فيها "أن المشرع تعرض للقاعدة العامة في الالتزامات التعاقدية ولصور خاصة من صور إبرام العقود وتنفيذها ثم قرر في نهايتها القاعدة الخاصة بوجوب احترام القواعد الآمرة في حدود معينة، ويراعي بادئ ذي بدء أن فقه القانون الدولي الخاص لا يزال غير مستقر فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب تطبيقه في شأن الالتزامات التعاقدية لتنوع صور العقود، وتباين القواعد التي تسري عليها من حيث أركان الانعقاد وشروط ترتيب الآثار، ولذلك توخى المشروع تجنب التفاصيل واقتصر على أكثر الأحكام استقراراً في نطاق التشريع، فقرر في المادة (20) أن الالتزامات التعاقدية يسري عليها... مع

---

(1) د.عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص430.

(2) د.حسن الهداوي، مرجع سابق، ص155.

مراعاة الأحكام المقررة في المادتين (20) و(21)، وهذا حكم عام يمكّن سلطان الإرادة، ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد، وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها، ويلاحظ أن المشرع قد اختار صيغة مرنة لا تقطع على القضاء سبيل الاجتهاد ولا تحول دون الانتفاع من كل تطور مقبل في حركة الفقه، وقد قرن المشرع هذه الصيغة بنصوص خاصة بعضها يعين اختصاصاً تشريعياً آمراً بالنسبة لعقود معينة، وبعضها يضع قرائناً يستخلص منها الإرادة عند عدم الاتفاق، وبعضاً آخر يعين اختصاصاً تشريعياً لمسائل تتعلق بتنفيذ العقود[1].

وعليه فلا يوجد ما يمنع المتعاقدان بناءً على ما ورد في المادة (1/20) من القانون المدني من اختيار أكثر من قانون لحكم العقد، أي تجزئة العقد بشرط ألا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بالانسجام المتطلب في الرابطة العقدية من جهة، أو إلى التهرب من أحكام القواعد الآمرة في القوانين المتصلة بهذه الرابطة من جهة أخرى[2].

وعلى اعتبار أن التنازع لا يمكن أن يتصور إلا بين قوانين دول تتمتع كل منها بهذا الوصف طبقاً لمبادئ القانون الدولي العام[3]، ولا شأن لقواعد التنازع بالقواعد التي لا تنتمي لنظام داخلي مثل الأعراف التجارية الدولية مثلاً[4]، مما يجعل اختيار المتعاقدين لمثل هذه الأعراف أمام القضاء مجرد اختيار مادي تندمج بمقتضاه القواعد المختارة في العقد بوصفها شروطاً عقدية لا تقوى على مخالفة القواعد الآمرة في قانون الدولة الواجب التطبيق عند سكوت الإرادة عن الاختيار التنازعي لقانون العقد، وهو في هذه الحالة وفقاً للمادة (1/20) من القانون المدني

---

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، 1976، ص16-17، المادة (20) من القانون المدني الأردني، تطابق المادة (19) من القانون المدني المصري، والمادة (20) من القانون المدني السوري، والمادة (25) من القانون العراقي.

(2) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص692.

(3) د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، بند 13.

(4) د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص64 وما بعدها.

الأردني قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون بلد الإبرام، بالتالي فلا يتصور الاختيار التنازعي إلاّ إذا كان منصباً على قانون دولة معينة.

ومن الملاحظ أن المشرع الأردني قد أخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يتفق عليه المتعاقدان صراحةً أو ضمناً، أي أنه اعتد بالإرادة الصريحة أو الضمنية كضابط للإسناد في الالتزامات التعاقدية، أما في حالة غياب الإرادة، فقد تولى المشرع تحديد القانون الذي يحكم الرابطة العقدية، في هذه الحالة، حيث أخضع العقد لقانون الموطن المشترك حال اتحاد المتعاقدين في الموطن، ومكان الإبرام في حال اختلاف موطنهما[1].

ومن الملاحظ تبني المشرع الأردني لفكرة الإسناد الجامد للرابطة العقدية، وذلك بحسمه لمشكلة تركيز العقد بنصه على تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون دولة الإبرام، خلافاً للتشريعات التي لم تنص على ضوابط أخرى غير الإرادة، حيث يتصدى القاضي لبيان القانون المختار –في حال سكوت الإرادة– وذلك عن طريق قيامه بتركيز الرابطة العقدية وإخضاعها للقانون السائد في مركز مثل هذه الرابطة.

ورغم ما يحققه مسلك المشرع الأردني من أمان قانوني للمتعاقدين، حين يكفل لهم العلم المسبق بالقانون الذي سيحكم العقد عند سكوتهم عن الاختيار، إلا أنه يعاب عليه اتسامه بالجمود الذي لا يتلاءم مع طبيعة العلاقات العقدية الدولية، واختلاف ظروف وملابسات التعاقد أحياناً أخرى، مما يتعارض في النهاية مع فكرة القانون الأوثق صلة بالعقد.

غير أنه يمكن التخلص من هذا الجمود إذا استند القضاء الأردني لتطبيق القانون الأكثر صلة بالرابطة العقدية –إلى حقه في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف عند سكوتهم عن تحديد القانون الواجب التطبيق صراحةً– وبهذا يستطيع القضاء مسايرة الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، وبذلك يصل القضاء

---

[1] د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص654 وما بعدها، ود. عز الذين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص421.

إلى الحلول الحديثة التي جاء بها فقه القانون الدولي الخاص كفكرة الأداء المميز تحت ستار الإرادة الضمنية للمتعاقدين.

ومن الواضح أيضاً أن المشرع الأردني قد تبنى النظرية الموضوعية من خلال إخضاعه الرابطة العقدية –عند الاختيار الصريح أو الضمني أو عند سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد– للقواعد الآمرة في القانون الذي تولى المشرع تركيزه، كما جاء في المادة (1/20) من القانون المدني الأردني.

ويؤيد القضاء الأردني ذلك حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز أنه: "إن الرأي الراجح الذي انعقد عليه الفقه والقضاء بأن القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام القضاء الوطني يحتفظ أمام القضاء الوطني بصفته القانونية ولا يعتبر من الوقائع التي يتعين على الخصم تقديم الدليل على وجوده، وأن المحكمة الوطنية التي تنظر في الدعوى هي المكلفة بالبحث عن القانون الأجنبي وتطبقه كما تطبق القانون المحلي"[1].

وخضوع العقد في الحالتين السابقتين للقانون هو جوهر النظرية الموضوعية بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وما إذا كان اختياراً إرادياً من عدمه، مما يعني أنه في كل الحالات لا يستطيع العقد الدولي الإفلات من سلطان القانون، وفي النتيجة فإن قانون الإرادة أو غيره من القوانين هو الذي يسري على العقد، ولا يندمج فيه، وإنما يسري عليه فقط حسبما تشير إلى ذلك المادة (1/20) من القانون المدني الأردني، مما يعني بالتالي خضوع الرابطة العقدية لحكم القانون الذي لا يستطيع المتعاقدان الخروج عن أحكامه الآمرة، مما يجعلنا أمام إعمال واضح لفقه النظرية الموضوعية طبقاً لمعيار "وضع الإرادة في مواجهة القانون".

---

[1] تمييز حقوق رقم (1983/539) هيئة خماسية، تاريخ 1983/11/15، مجلة نقابة المحامين، ص1505، تاريخ 1983/01/01.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (الفصل التعسفي) في حال سكوت الإرادة عن الاختيار:

بالرغم من سيادة قاعدة إخضاع العقد لقانون الإرادة في مختلف الدول، إلا أن المشرع يميل أحياناً إلى تحديد القوانين التي يجوز للمتعاقدين الاختيار من بينها، وذلك بالنص على قوانين معينة يجب الاختيار من بينها عندما لا تتحرك إرادة المتعاقدين صراحةً أو ضمناً لبيان القانون الواجب التطبيق، ليكون المشرع بذلك قد تولى بنفسه تركيز العلاقة التعاقدية فيما لو سكت المتعاقدان عن تحديد القانون الواجب التطبيق صراحةً أو ضمناً[1]، وهذا ما فعله المشرع الأردني، ففي حال سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق فالقانون الذي يجب تطبيقه على التوالي كما جاء في نص المادة (20) من القانون المدني الأردني هو:

1. قانون الموطن المشترك للمتعاقدين:

في حال سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على الفصل التعسفي –الالتزام التعاقدي– صراحةً أو ضمناً، فإن قانون موطن المتعاقدين المشترك هو الواجب تطبيقه، وذلك إعمالاً لحق المشرع في تركيز العلاقة التعاقدية في مكان معين، وتطبيق القانون الذي يسري في هذا المكان على الالتزام التعاقدي[2].

وقد عرّف القانون المدني الأردني الموطن في المادة (29) بأنه: "1. الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً؛ 2. ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن؛ 3. وإذا لم يعين لشخص مكان يقيم فيه عادة يعتبر بلا موطن".

فالموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً على وجه الاستقرار، فمجرد السكن، أو الوجود في مكان لا يجعل منه موطناً ما لم تكن الإقامة مستقرة فيه، وعنصر الاستقرار ضروري لتوفر معنى التوطن[3].

---

(1) د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، 659.

(2) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص416.

(3) د.مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، عمان، 1998، ص145 وما بعدها.

ولا يقصد بالاستقرار اتصال الإقامة دون انقطاع، وإنما يقصد استمرارها على وجه يتحقق معه الاعتياد، ولو تخللها فترات زمنية متقاربة أو متباعدة.

أما الأشخاص المعنوية فإن مركز إدارتها يعتبر بمثابة موطن لها، وهذا ما نصت عليه المادة (1/51) من القانون المدني، والتي تنص على أن: "1. الشخص الحكمي يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون؛ 2. فيكون له... موطن مستقل، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في المملكة الأردنية الهاشمية يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية، والتي اعتبرت أيضاً مركز الإدارة المحلية لفروع الشركات في الأردن، والتي يكون مركزها الرئيسي في الخارج بمثابة الوطن لها، وقد جاء في قانون أصول المحاكمات رقم (24) لسنة (1988) في المادة (18) منه، والتي تنص على ما يلي: "... وموطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، والأشخاص الاعتبارية التي يكون مركز إدارتها في الخارج ولها فروع في الأردن يعتبر مركز فرعها موطناً لها".

وفيما يخص موطن الشخص الاعتباري فإن ما يهمنا -في هذا الصدد- هو عندما يكون صاحب العمل الذي تسبب بفصل العامل في عقد عمل دولي شخصاً اعتبارياً وليس شخصاً طبيعياً، إذ لا يتصور أن يكون العامل المفصول شخصاً معنوياً، كما جاء في المادة الثالثة من قانون العمل عند تعريفها للعامل، وصاحب العمل[1].

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية الموقرة ما يلي: "1. إذا لم يتحدد الموطن الذي يقيم فيه المتعاقدان فإن قانون الدولة التي تم فيها العقد هو الواجب التطبيق عملاً بالفقرة الأولى من المادة (20) من القانون المدني ولا يترتب على تسجيل فرع للشركة الأردنية في الأردن اعتبار الأردن موطناً لمركز الشركة الرئيسي ما دام أن العقد مبرم بين المدعي والمركز الرئيسي للشركة؛ 2. إن فرع

---

[1] في صدد الموطن راجع تفصيلاً: د.مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص145-155.

الشركة الأجنبية لا يؤخذ بعين الاعتبار أمام المحاكم الوطنية إلا في المسائل المتصلة به، وليس التي تعاقد عليها المركز الرئيسي للشركة"[1].

وجاء في قرار لمحكمة التمييز أنه: "إذا كانت الشركة من الشركات الأجنبية غير العاملة والمسجلة في الأردن ويمثلها مكتب في عمان هو المدعى عليه، فإن مدينة عمان تعتبر موطناً لها لغايات التقاضي، طبقاً لحكم المادة (245) من قانون الشركات، وتكون الخصومة متوفرة بين المدعي والمدعى عليه"[2].

فإذا لم يكن للمتعاقدين موطناً مشتركاً، فإن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون مكان إبرام العقد، وهذا القانون سوف نقوم بدراسته تالياً:

2. قانون الدولة التي أبرم فيها العقد:

إذا لم يكن للمتعاقدين موطناً مشتركاً، ولم يتفقا على تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقتهما التعاقدية صراحةً أو ضمناً، فإن القانون الواجب التطبيق على الالتزام التعاقدي –الفصل التعسفي– هو قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، ويسري على الفصل التعسفي بالتالي كونه يرتب مسؤولية ناتجة عن الإخلال بالتزام عقدي، فإذا أبرم عقد عمل بين وطني وأجنبي، ولم تحدد إرادتهما القانون الواجب التطبيق على العقد ولم يكن لهما موطناً مشتركاً فإن قانون مكان الإبرام هو الذي ينطبق في هذه الحالة إعمالاً لقاعدة التنازع المنصوص عليها في المادة (20) من القانون المدني الأردني[3]، مما يكفل أيضاً وحدة العقد فيما يتعلق بالاختصاص التشريعي، فالعقد يحكمه القانون ذاته شكلاً وموضوعاً[4].

ونرى أن محكمة التمييز الأردنية قد رفضت تطبيق القانون الأردني على عقد أُبرم بين أردني مقيم في عمان وشركة أجنبية مركزها الرئيسي في واشنطن،

---

[1] تمييز حقوق رقم (1983/539)، هيئة خماسية، تاريخ 1983/11/15، المنشور على الصفحة 1505، مجلة نقابة المحامين، تاريخ (1983/01/01).

[2] تمييز حقوق رقم (1999/1835)، هيئة خماسية، تاريخ (2000/01/31)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، متوفر عبر الموقع: www.adaleh.com.

[3] انظر القرار السابق رقم (1983/539)، تاريخ (1983/11/15)، المنشور على الصفحة 1505، مجلة نقابة المحامين، تاريخ (1983/01/01).

[4] د.محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص176.

بسبب عدم اتفاق الأطراف على القانون المختص ولانعدام الموطن المشترك لهما، وطبقت القانون الأمريكي باعتباره قانون مكان إبرام العقد[1].

يتضح مما سبق أن المشرع قد أخضع الالتزامات التعاقدية، ومنها الفصل التعسفي بوصفه ناشئاً عن التزام تعاقدي لقانون الإرادة أولاً، ثم قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن لم يوجد لهما موطن مشترك فإن قانون مكان إبرام العقد هو الذي ينطبق في هذه الحالة.

2.1.2 مدى انطباق قواعد الإسناد التقليدية الخاصة بالالتزامات التعاقدية على الفصل التعسفي:

استندت المادة (20) من القانون المدني الأردني الالتزامات التعاقدية للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين صراحةً أو ضمناً، فإذا سكت المتعاقدان عن الاختيار ينطبق قانون موطنهما المشترك إذا اتحدا موطناً، وهذا فرض نادر التصور في العقود الدولية، فإن اختلفا موطناً، وهذا ما يحدث غالباً، ينطبق قانون بلد إبرام العقد.

وهذا الترتيب الذي أورده المشرع هو ترتيب إجباري، بمعنى أنه لا يجوز تطبيق قانون الموطن المشترك في حالة اختيار المتعاقدين لقانون العقد، كما لا يجوز الرجوع إلى قانون بلد الإبرام عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار ما دام أن لهما موطناً مشتركاً[2].

وقد أعطت المادة سالفة الذكر للإرادة الدور الأهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، سواء منها الإرادة الصريحة أو الإرادة الضمنية، فمتى تمكن القاضي من استظهار نية المتعاقدين واتجاهها إلى تطبيق قانون معين

---

[1] قرار محكمة استئناف عمان رقم (359) بتاريخ (1986/04/21)، مجلة نقابة المحامين سنة (37)، العدد 10، ص2019، وانظر: تمييز حقوق رقم (1988/67)، (هيئة خماسية)، تاريخ (1988/02/28)، المنشور على الصفحة 1080، مجلة نقابة المحامين، بتاريخ (1990/01/01)، ونشير أن محكمة التمييز سمحت للأطراف باختيار قانون مكان العقد، ولو كان لهما موطناً مشتركاً.

[2] انظر (قرار المخالفة المعطى من القاضي السيد قاسم الناصر) تمييز حقوق رقم (1988/67) تاريخ (1988/02/28)، مجلة نقابة المحامين، ص1080، تاريخ (1990/01/01)؛ وانظر د.هشام علي صادق، مرجع سابق، ص18.

على المسألة موضوع النزاع وجب عليه إعمال هذا القانون[1]، ما لم ينطوِ العقد على مخالفة للنظام العام في دولة القاضي أو أن يكون التوصل للقانون الذي يحكم العقد قد تم عن طريق التحايل أو الغش على قاعدة الإسناد في دولة القاضي[2].

غير أن القانون الذي تختاره إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية ليحكم العقد يجب أن يحرص في الدرجة الأولى على الحفاظ على حقوق ومصالح العمال، باعتبارهم الطرف الأضعف في عقد العمل، وعليه يجب على القاضي التأكد من أن القانون المختار لحكم العلاقة التعاقدية لا ينتقص من حقوق العمال المضمونة بموجب نصوص قانونية آمرة في أي قانون على علاقة وثيقة بالعقد مثل قانون مكان تنفيذ العمل أو قانون مركز الأعمال، أو أي قانون آخر أكثر ارتباطاً بعقد العمل.

فإذا كان قانون الإدارة الذي نص عليه المشرع الأردني لا يثير أدنى إشكال في انطباقه على الفصل التعسفي، فإن ضوابط الإسناد الاحتياطية التي نص عليها المشرع في الفقرة الأولى من المادة (20) من القانون المدني الأردني والتي تتمثل في الموطن المشترك للمتعاقدين، ومكان إبرام العقد، قد تؤدي إلى تطبيق قانون لا علاقة له بالعقد، إذ من النادر أن يجتمع المتعاقدان في موطن مشترك في عقود العمل، أو لعدم وجود أهمية قانونية أو مصلحة مادية للطرفين من تطبيق قانون الموطن المشترك، فقد يعمل الشخص في مكان ويتوطن في مكان آخر، وكذلك الحال بالنسبة لصاحب العمل، مما لا يجعل هنالك قيمة معينة للموطن المشترك للمتعاقدين في علاقتهما مع بعضهما.

وكذلك الحال بالنسبة لمكان إبرام العقد الذي قد يكون عرضياً ولا صلة له بالعقد، فقد يتفق أردني مع مصري على أن يعمل الثاني لدى الأول في الأردن، ويكون مكان إبرام العقد في لبنان صدفة بسبب تواجد الطرفين هنالك للسياحة، فما قيمة مكان الإبرام هنا بالنسبة للعقد.

---

(1) د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص79.

(2) د.محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، العقود الإلكترونية، القانون الواجب التطبيق على المنازعات العقدية وغير العقدية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص115.

وعليه، فإنه نظراً للصعوبات التي يثيرها الاستناد إلى ضابطي الموطن المشترك ومكان إبرام العقد من جهة، وعدم ملائمتها من جهة أخرى، بات من اللازم تحديد ضوابط إسناد احتياطية تتناسب مع طبيعة عقد العمل، وهذه الضوابط تتمثل في مكان التنفيذ والقانون الأكثر ارتباطاً بقانون العمل.

القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع:

نظراً للانتقادات التي وجهت لضابطي الموطن المشترك وقانون مكان إبرام العقد السابق ذكرهما –في الدول التي تأخذ بأسلوب الإسناد الجامد للرابطة العقدية كما في التشريع الأردني الذي يحدد مسبقاً القانون الذي يحكم النزاع– إضافة للانتقادات التي وجهت للإرادة المفترضة في القوانين التي تأخذ بأسلوب الإسناد المرن الذي يسمح للقضاء باستظهار إرادة المتعاقدين المفترضة في حال سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد، وفي حال عدم تمكن القضاء من التوصل إلى إرادة الأطراف الضمنية على نحو مؤكد[1]، تم الاتجاه نحو تطبيق القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، والذي يشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية دون الحاجة إلى اللجوء إلى فكرة الإرادة المفترضة، أو إلى ضوابط إسناد جامدة كما فعل المشرع الأردني في اختياره للموطن المشترك للمتعاقدين أو مكان إبرام العقد.

ويتم الإسناد المرن لهذا القانون من خلال نظريتين:

1. نظرية باتيفول: حيث يتم إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به في ضوء ظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة سعياً إلى إدراك العدالة في أحسن صورها، ومما يسجل لهذا الاتجاه أنه راعى ظروف التعاقد وملابساته في كل

---

[1] انظر في ذلك تفصيلاً بخصوص الإرادة المفترضة، د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص404؛ د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص82 وما بعدها.

حالة على حدة[1]، ولكن يؤخذ عليه أنه يؤدي إلى التضحية بالأمـــان القـــانوني للمتعاقدين[2]، أما النظرية الثانية التي تم الاستناد لها في هذا المجال، فهي:

2. نظرية الأداء المميز[3]: وبموجب هذه النظرية يتم التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقاً لطبيعتها الخاصة، مما يسمح بإسناد كل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة للقانون الأوثق صلة بها في ضوء محل الأداء المميز، أي المكان الـــذي يتم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي والذي يتميز عن غيره من الالتزامـــات الأخـــرى المتولدة من العقد، ومحل تنفيذ الأداء المميز هو موطن المدين، وعليه يتميز هذا الإسناد المرن في هذه النظرية بأنه يصون توقعات الأفراد، حيث يكفل لهم العلم المسبق بالقانون الذي سيطبَّق على العقد، مما يؤدي إلـــى اســـتقرار العلاقـــات الدولية.

وقد أخذت اتفاقية روما لعام (1980) في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بهذه النظرية.

وقد صرحت هذه النظرية للقاضي بأن يأخذ بنظرية التركيـــز الموضـــوعي للعقد وفقاً لظروف التعاقد وملابساته في بعض الفروض، إلا أنها جعلت مـــن ذلـــك محض استثناء لا يعمل به إلا في أضيق الحدود.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الأردني من القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع نرى أنه لم ينص على ذلك صراحةً في القانون المدني، ونتمنى عليه بخصوص العقود الدولية أن يتبع المسلك نفسه الذي اتبعه في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001) في المادة رقم (36) منه، حيث تلافى النقص في القانون المدني، وذلك بنصه على أنه: "أ. تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية

---

[1] د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة، مرجع سابق، ص406؛ د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، انظر هامش رقم 2، ص83+84.

[2] د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، تابع هامش 2، ص84؛ د.هشام علي صادق، نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين، مرجع سابق، ص19.

[3] د.هشام علي صادق، نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين، مرجع سابق، ص21.

التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين".

وهي في هذا تطابق المادة (20) من القانون المدني من حيث إعطائها الإرادة الدور الأول في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية، إلا أنها تفوقها تطوراً من ناحية أخرى من حيث اعتمادها على تطبيق القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع في الفقرة الثانية من المادة نفسها، التي تنص على "ب. إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع"، وبهذا يكون المشرع قد رفض فكرة التقيد بضوابط إسناد جامدة كالمنصوص عليها في المادة (20) من القانون المدني[1].

ولكل ما سبق نتمنى على المشرع الأردني إجراء تعديل تشريعي يضع فيه قاعدة إسناد خاصة بعقد العمل تنص على أنه: "يسري على عقود العمل القوانين التالية:

أ. 1. قانون إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية.

2. في حال عدم استطاعة القاضي الوقوف على الإرادة يطبق القاضي قانون مكان تنفيذ العمل.

3. إذا تعددت أماكن تنفيذ العمل يطبق القاضي قانون مركز الأعمال، شريطة أن لا يكون هناك قانون أوثق صلة بالنزاع يريد الانطباق.

ب. تستبعد القوانين السابقة استثناءً إذا كانت تحرم أو تعطي العمال حقوقاً أدنى من الحقوق المقررة لهم في قانون القاضي الذي ينظر النزاع".

قانون مكان التنفيذ:

يعتبر قانون مكان تنفيذ العمل أحد الحلول المقترحة في معرض البحث عن ضوابط إسناد مناسبة لعقد العمل الفردي، وخصوصاً ما يتعلق بالفصل التعسفي للعامل، وما يترتب عليه من التزامات، ويعد من أفضل الحلول المقترحة في هذا

---

[1] ويلاحظ أن المادة (2/39) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري قد تبنى نفس الفكرة التي جاءت في المادة (2/36) من قانون التحكيم الأردني.

الصدد على أساس أن هذا الحل يكفل وحدة القانون المطبق على علاقات العمل، فقانون مكان تنفيذ العمل أو قانون مركز الأعمال عندما تتعدد أماكن تنفيذ العمل هو الأكثر اتصالاً بالرابطة العقدية[1].

ومما يعيب هذا الاتجاه أن المتعاقدان قد لا يتفقا عند إبرام العقد على مكان التنفيذ، مما يؤدي إلى تحكم القاضي عند إعطائه سلطة تقديرية في تركيز الرابطة العقدية في كل حالة على حدة، في ضوء ظروف التعاقد وملابساته، الأمر الذي يؤدي إلى الإخلال باليقين القانوني، عندما يتعذر على المتعاقدين العلم المسبق بالقانون الذي يحكم عقدهما[2].

نخلص من كل ما سبق أن المشرع الأردني قد نص على قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية في المادة (1/20) من القانون المدني، وقد اعتبرت كل من إرادة الأفراد والموطن المشترك للمتعاقدين، ومكان الإبرام ضوابط إسناد يرجع إليها القاضي من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، فقد أعطى الأولوية لقانون الإرادة سواء أكانت الإرادة صريحة أم ضمنية، وفي حال سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، وإذا اختلفا يطبق قانون مكان الإبرام، وقد توصلنا في هذه الرسالة إلى أن الموطن المشترك للمتعاقدين ومكان الإبرام لا يتناسبا مع طبيعة عقد العمل الدولي، وخاصة مع أحكام الفصل التعسفي، لذا اقترحنا الحلول الآتية: في حال غياب الإرادة يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون مكان التنفيذ، شريطة أنه إذا تبين أن هناك قانوناً أوثق صلة بالنزاع عندئذٍ يجب على القاضي أن يقوم بتطبيقه[3].

وعلى الرغم مما ورد سابقاً فإن التساؤل يثور بشأن مدى اعتبار قانون العمل وخاصة الأحكام الخاصة بالفصل التعسفي مرتبطاً بقوانين البوليس، ومن أجل

---

[1] د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص807.

[2] د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص21.

[3] انظر في ذلك نص المادة (2/6) من اتفاقية روما لعام 1980، متوفر عبر الموقع الإلكتروني: www.rome_conuation.org.htm، (2006/05/07).

الإجابة على هذا التساؤل لا بد من البحث في مدى تعلق الفصل التعسفي بقوانين البوليس.

2.2 الفصل التعسفي وقواعد البوليس في القانون الأردني:

يذهب البعض إلى اعتبار القواعد القانونية المتعلقة بعقد العمل بصفة عامة – والفصل التعسفي بصفة خاصة– من قواعد البوليس ضرورية التطبيق التي يتعين أعمالها مباشرة على علاقات العمل دون الالتفات إلى القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع[1]، وذلك لما يتمتع به عقد العمل من أهمية باعتباره القانون الذي وجد لحماية الطرف الضعيف في علاقات العمل، الأمر الذي يؤدي إلى الابتعاد عن منهج تنازع القوانين.

ونتساءل في هذا المقام، وفي ضوء المادة الرابعة من قانون العمل الأردني عن مدى اعتبار قواعد قانون العمل من قواعد البوليس وخاصة القواعد المتعلقة منه بالفصل التعسفي ونتائجه؟ وما مدى إمكانية تطبيق هذه القواعد مباشرة واستبعاد البحث عن أي قانون أجنبي تشير إليه قواعد التنازع بخصوص الفصل التعسفي؟ وذلك على اعتبار أن قواعد قانون العمل المتعلقة بالفصل التعسفي من قواعد البوليس التي يتعين تطبيقها مباشرة دون الرجوع لقواعد تنازع القوانين، وتطبيق منهج التنازع فيما يخرج عن نطاق القواعد المنظمة لهذه المسألة الخاصة، على اعتبار أن علاقة قانون البوليس وقواعد التنازع علاقة تكامل وتعايش[2]، مما يفسح المجال كذلك لتجزئة العقد[3].

---

[1] د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، مرجع سابق، ص584؛ وانظر كتابه تنازع القوانين، مرجع سابق، ص306؛ ود. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989، ص58؛ د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص17–18؛ د.منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، مرجع سابق، ص121 وما بعدها.

[2] د.أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء، المنصورة، 1996، ص262.

[3] د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص12.

وفي هذا الخصوص يتوجب علينا أولاً التعرف إلى قواعد البوليس من حيث تعريفها ومعاييرها ونقاط اختلافها عن قواعد الإسناد، حتى نستطيع بالتالي الحكم على القواعد المنظمة للفصل التعسفي في قانون العمل الأردني، وخاصة في ظل المادة الرابعة من ذات القانون، هل هي من قواعد البوليس التي يتوجب على القاضي تطبيقها مباشرة على النزاع المعروض عليه أم أنها لا تكتسب هذه الصفة، وبالتالي يتعين الرجوع لقواعد التنازع؟

1.2.2 مفهوم قوانين البوليس:

نظراً لما تتمتع به بعض القواعد القانونية من أهمية على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي –كقانون العمل– وتجنباً لمغالاة منهج التنازع في الاستجابة للاعتبارات الدولية على حساب المصلحة الوطنية حين المساواة بين القانون الأجنبي والقانون الوطني عند إسناد العلاقة، ودون النظر لمضمون القانون الأجنبي المختص أو لنتائج تطبيقه على النزاع، فقد ذهبت مختلف النظم القانونية إلى تطبيق بعض القواعد القانونية التي تنتمي لقانون القاضي، والتي شرعت في الأصل لتنظيم الروابط الداخلية، إلاَّ أنه مراعاة لطبيعتها الآمرة اقتضى امتداد تطبيقها أيضاً إلى العلاقات الخاصة الدولية[(1)].

ومن هذه القواعد قواعد البوليس التي تعد جزءاً من القواعد ذات التطبيق المباشر التي تحدد بذاتها مجال سريانها المكاني دون الحاجة لإعمال منهج التنازع.

فقاعدة البوليس هي تلك القاعدة القانونية الداخلية الآمرة التي تحدد بذاتها مجال سريانها المكاني لما تمتاز به من وجود صلة عقلانية بين مضمونها وأهدافها من ناحية، ونطاق تطبيقها من ناحية أخرى، دون حاجة لإعمال منهج التنازع، ويطبقها القاضي من تلقاء نفسه حتى لو كانت لا تنتمي إلى قانون القاضي، أو القانون الذي تشير قواعد التنازع باختصاصه[(2)]، فهي قادرة على جلب الاختصاص

[(1)] د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص56.

[(2)] د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص622؛ د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص199.

للنظام القانوني الذي تنتمي إليه[1]. وبالاستناد إلى ما سبق فقد تم اعتبار كافة القواعد التي يضعها المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد، مثل العامل في عقد العمل من قواعد البوليس ذات التطبيق المباشر[2].

ويوجد اختلاف كبير بين قوانين البوليس ومنهج قواعد التنازع نوضحه تالياً.

الاختلاف بين منهج قوانين البوليس وقواعد الإسناد:

يختلف منهج قاعدة الإسناد المزدوجة عن منهج قوانين البوليس من عدة نواحي، سواء في طريقة كل منهما في التصدي لمشكلة تنازع القوانين، أم من حيث مدى اعتداده بالعنصر الأجنبي في العلاقة المطروحة، أو من حيث إعمال فكرة الاختيار من بين القوانين المتزاحمة لحكم المركز محل النزاع، أو في الهدف الذي يسعى إليه كل منهما، وذلك على التفصيل التالي:

1. طريقة تحديد القانون الذي ينطبق على العلاقة العقدية والاعتداد بالعنصر الأجنبي: يركز منهج التنازع على العنصر الأجنبي الذي تحتويه العلاقة القانونية محل النزاع، حيث يعتبر العنصر الأجنبي نقطة الانطلاق في اختيار القانون الملائم لحكم تلك العلاقة، فهو يحلل العلاقة ويردها إلى إحدى الفكر المسندة تمهيداً لتطبيق القانون المختص عليها، سواء أكان قانون القاضي أم قانوناً أجنبياً، أما منهج قواعد البوليس بوصفه من القواعد ذات التطبيق المباشر فإنه يعتمد على تحليل القواعد القانونية من حيث مجال سريانها المكاني بهدف تثبيت الاختصاص لقانون القاضي في بعض الفروض، وذلك لتحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني لدولة القاضي[3].
2. إعمال فكرة الاختيار بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة القانونية: يقوم منهج قاعدة الإسناد على اختيار أكثر القوانين ملائمةً لحل النزاع في العلاقات الخاصة المتضمنة عنصراً أجنبياً وأكثرها عدالةً من وجهة نظر المشرع الوطني[4]، أما

---

(1) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص624.

(2) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص196.

(3) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص172-173.

(4) د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص5.

منهج القواعد ذات التطبيق الضروري فإنه لا يقوم على الاختيار، إذ يقوم القاضي بتطبيق قواعد البوليس في قانونه بصورة مستقلة عن قواعد الإسناد، حيث لا يلتفت القاضي إلى القانون الأجنبي إذا توافرت إحدى قواعد البوليس الآمرة في قانونه، فيقوم بتطبيق قانونه الوطني مباشرة على العلاقة محل النزاع بمجرد توافر الرابطة التي تبرر اتصال المسألة محل النزاع بنطاقه القانوني، فقواعد البوليس لها الأولوية في الإعمال على قواعد الإسناد، ويتعين على القاضي أولاً البحث في قانونه عن قاعدة تستلزم التطبيق، فإن لم يجدها يطبق عندئذٍ القانون الأجنبي الذي تشير له قاعدة التنازع[1].

3. هدف كل من المنهجين: تختلف أهداف كل من المنهجين عن بعضها، فبينما تهدف قواعد الإسناد إلى تحقيق صالح العلاقة الخاصة الدولية، بإفساح المشرع الوطني المجال أمام القانون الأجنبي ليطبق في إقليمه، نجد أن قواعد البوليس تهدف إلى تحقيق الصالح الوطني عن طريق توفير الحماية اللازمة للتنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة[2].

ومن الملاحظ أن منهج قاعدة التنازع منهج مجرد لا يهتم بالمضمون الموضوعي للحل النهائي للنزاع، إذ لا يمكن للقاضي معرفة طبيعة الحل في القانون الأجنبي الذي أشارت له قاعدة التنازع مسبقاً، لذا كان لا بد من بروز دور النظام العام باعتباره الوسيلة الفنية التي بناءً عليها يتم استبعاد القانون الأجنبي إذا ما تعارضت أحكامه والمبادئ الجوهرية في دولة القاضي[3].

---

(1) د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سباق، ص29؛ د.أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص62.

(2) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص174-175.

(3) د.سامية راشد، ود. فؤاد رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازل القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء الثاني، القاهرة، 1992، بند 155؛ د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، بند 83 وما بعده.

أما القواعد ذات التطبيق الضروري فلا يتصور الدفع بالنظام العام حيالها؛ لأن القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي، وليس قانوناً أجنبياً، ولا يتصور الدفع بالنظام العام في ظل إطار نظام قانوني واحد[1].

معايير قاعدة البوليس:

تنحصر معايير قوانين البوليس في المعايير التالية:

أولاً: المعيار الشكلي:

يقوم المشرع في بعض الحالات بالتعبير الصريح عن إرادته في اعتبار قانون معين من قوانين البوليس ضرورية التطبيق، وذلك بالتحديد المكاني لنطاق سريان ذلك القانون[2]، استناداً إلى "الإقامة" أو "التوطن" أو "محل تنفيذ العمل"، أو استناداً لأي ضابط آخر يفهم معه اتجاه نية المشرع إلى انطباق هذه القاعدة على كافة المراكز التي تدخل في إطار سريان هذه القاعدة المكاني، حتى لو كان هنالك قانوناً أجنبياً آخراً ينطبق عليه وفقاً لقواعد التنازع.

ومن هذه القواعد ما جاء في المادة (15) من القانون المدني الأردني، الخاصة بالأسرة والزواج، والتي تنص على ضرورة تطبيق أحكام القانون الأردني على كل رابطة زوجية إذا كان أحد الزوجين أردني الجنسية وقت انعقاد الزواج.

غير أن هذه النظرة غير صحيحة، إذ لا يمكن اعتبار المادة (15) سالفة الذكر من قوانين البوليس على أساس أنها تتعلق بالأردنيين، حيث أنه لو كانت هذه القاعدة قاعدة بوليس لانطبقت على الأردنيين والأجانب على حدٍ سواء، لكني أعتقد أن هذه المادة أقرب إلى النظام العام التقريبي الذي يقصد به أن أي علاقة قانونية تربطها روابط وثيقة بدولة القاضي الذي ينظر النزاع، سواء أكانت هذه

---

[1] د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص30-31.

[2] د.أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص51.

الروابط إقليمية أم قائمة على الجنسية، وبما أن نص المادة (15) قائم على رابطة الجنسية الأردنية، فإنها تتعلق بالنظام العام التقريبي[1].

وقد لا يحدد المشرع صراحةً النطاق المكاني لانطباق القانون، فلا تظهر إرادة المشرع واضحة بهذا الصدد كما في قانون العمل الأردني، إذ لم يحدد المشرع نطاق السريان المكاني لهذا القانون، ولم تظهر إرادة المشرع صراحةً بشأنه، لذا فإنه يتم اللجوء إلى معايير أخرى غير المعيار الشكلي الذي يعتمد على إظهار إرادة المشرع الصريحة في انطباق هذه القاعدة، رغم ما في هذا المعيار من عدم دقة، إذ لا تعتبر كل قواعد القانون المحدد نطاق سريانها مكانياً من قواعد البوليس، وعلى هذا النحو يعجز المعيار الشكلي عن تحديد المقصود بقواعد البوليس، مما دفع إلى تبني معايير أخرى، وخاصة في حال سكوت المشرع عن إظهار إرادته الصريحة[2]، ونلخص هذه المعايير فيما يلي:

ثانياً: المعيار الغائي:

يتم اللجوء لهذا المعيار عند غياب التحديد التشريعي لماهية القواعد ذات التطبيق الضروري استناداً إلى (الغاية الاجتماعية) للقاعدة القانونية، فقواعد البوليس هي تلك القواعد التي تسعى إلى حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة[3]، وفي هذا الصدد وجد معيار مصلحة الدولة، ومعيار تنظيم الدولة الذي نادى به (Francecakis)، والذي يقوم على تدخل الدولة وتنظيمها لمصالحها السياسية والاجتماعية والاقتصادية[4].

---

(1) يوافق هذا الرأي: د.نور الحجايا في: ALHAJAYA, Noor, Les conflits de lois en Matiére de marriage_ étude compareé en droit françeis et en droit Jordanien, thése, 1999, p. 35 et.s.

(2) د.أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص64.

(3) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص654؛ د.أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص88.

(4) د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص88؛ Francescakis, conflits de lois, v. Rep. Dalloz, dr. int. v no. 137.

أ. معيار مصلحة الدولة (القوانين السياسية):

تعرف قواعد البوليس وفقاً لهذا المعيار بأنها القوانين السياسية التي تخرج عن مجال تنازع القوانين، لتنطبق على كافة الأشخاص والوقائع والتصرفات، وغيرها من القواعد التي لا يتوقف تطبيقها على إعمال منهج التنازع المزدوج، وعليه فإن معيار تحديد هذه القواعد هو هدف ابتغاه المشرع من وراء سن هذه القوانين، بالتالي تعتبر من قواعد البوليس القواعد التي يتعين مراعاتها بهدف حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة[1]، والتي يتمثل المعيار المميز لها في فكرة التنظيم، مما يتحتم معه تطبيقها دون تزاحم لأن طابع التنظيم فيها لا يقبل تدخل قانون أجنبي[2]، مما يؤدي بالتالي إلى اتساع دائرة اختصاص قانون القاضي الذي تتبعه هذه القواعد، حيث يقوم القاضي بتطبيق قانونه الوطني مباشرة على المسألة المعروضة عليه أياً كان نوع وطبيعة هذه المسألة، وذلك لخروج كافة المسائل التي تندرج تحت وصف القواعد ذات التطبيق المباشر عن دائرة التنازع التي صدرت من أجلها[3] وتسعى على هذا النحو إلى إدراك مصلحة الدولة التي أصدرتها[4].

واستناداً إلى هذا التعريف لا يمكن تطبيق القوانين السياسية الصادرة عن دولة أجنبية، حتى لو كان هذا القانون ينتمي إلى النظام العام المختص الذي تشير به قواعد الإسناد، أما قواعد البوليس في قانون القاضي أو القوانين السياسية، فإنها تنطبق على العلاقة بغض النظر عن القانون المختص بموجب قواعد الإسناد، ويعاب على هذا المعيار عدة أمور منها: صعوبة تحديد أي القوانين يمكن أن تتصف بالطابع السياسي، إذ الغالب أن كل قانون يستهدف هدفاً سياسياً، بالإضافة إلى أن الأخذ بهذا المعيار يعيدنا إلى فكرة الإقليمية البحتة التي لا يمكن تصور قيام التنازع

---

[1] د.أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص67.

[2] د.أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عدد 1، 2، يناير، يوليو 1981، سنة 23، ص10؛ وانظر: د.أحمد عبد الكريم، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، المرجع السابق، ص68.

[3] د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص93.

[4] د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص210.

بين القوانين في إطارها[1]، بالإضافة لغموض فكرة المصلحة السياسية مما يؤدي إلى ترك مجال واسع لتحكم القاضي.

وتتنافى قواعد البوليس وفقاً لهذا المعيار الذي يجعلها تتصف بالطابع الإقليمي البحت مع الاتجاه المعاصر الذي لم يتردد في السماح بتطبيق قوانين البوليس الأجنبية، ونتيجة لما سبق من الانتقادات فقد دعا الأستاذ (Francecakis) إلى اعتناق معيار غائي آخر لتحديد قواعد البوليس هو معيار تنظيم الدولة.

ب. معيار تنظيم الدولة (المعيار العضوي أو المادي)[2]:

استند الأستاذ (Francecakis) إلى فكرة تنظيم الدولة كدليل لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري والمباشر التي تعني لديه في معناها الواسع قواعد البوليس ومن جهة أخرى نجد أن اشتراط أن تكون قاعدة البوليس المباشرة التطبيق متعلقة بتنظيم الدولة، وأن يكون تطبيقها ضرورياً لتحقيق هذه الغاية وهذا أمر لا نجد فيه انسجاماً، إذ من الصعب أن نسلم –وفقاً لما سبق– بوجود قاعدة قانونية تنظم المجتمع دون أن تكون ضرورية لهذا التنظيم، فلا يتصور عقلاً وجود القاعدة القانونية عبثاً دون وجود هدف تحققه (تنظيم المجتمع)[3].

ومن عيوب هذا المعيار أنه صعب وغير محدد؛ إذ لا يمكن الاستناد إلى فكرة تنظيم الدولة للروابط والعلاقات بهدف تحقيق وحماية المصالح الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع، حيث تهدف كافة القوانين بنسبة أو بأخرى إلى تحقيق هذين النوعين من المصالح، بالتالي يمكن اعتبار كافة قوانين الدولة من قواعد البوليس، وهذا ما لا يمكن التسليم به[4].

ومن عيوب هذا المعيار أنه يؤدي إلى التوسع في تطبيق قانون القاضي إذ وفقاً لهذا المعيار لا يطبق إلاَّ قواعد البوليس في قانون القاضي، بإعطائه سلطة

---

(1) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص655؛ د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص211.

(2) د.أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مــرجع سابق، ص65؛ د.أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص72.

(3) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص214.

(4) د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص95.

تقديرية واسعة للقاضي عند بحثه في تحديد مدى ضرورة القاعدة القانونية لتنظيم الجماعة كشرط لتطبيقها المباشر، الأمر الذي يؤدي إلى إقرار هذه الصفة للقاعدة المطروحة وصولاً إلى تطبيقها تطبيقاً مباشراً[1].

ومن ناحية أخرى يعاب على هذا المعيار أنه يؤدي إلى توسع غير مستساغ في مفهوم قواعد البوليس، فمن جهة فهو يشمل بالإضافة لكافة القواعد التي تهدف إلى حماية تنظيم الدولة أيضاً كل قاعدة حدد المشرع نطاق تطبيقها المكاني على نحو صريح[2].

ومن ناحية أخرى قد يؤدي هذا المعيار إلى تجريد بعض قواعد البوليس من صفتها هذه فقط؛ لأنها لا تعنى بتنظيم أجهزة الدولة، ولا تقتضي تدخلها، وذلك كالقاعدة التي تبطل شرط الدفع بالذهب حماية للتضخم[3].

ومن ملاحظة ما سبق فإن الاقتصار على الإعمال المباشر لقواعد البوليس في دولة القاضي دون غيرها كما ذهب إلى ذلك (Francescakis) الذي رفض التطبيق المباشر لقواعد البوليس الأجنبية التي لا تنتمي إلى القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد، الأمر الذي يخل بالتوازن المنشود في المعاملة بين القوانين المتصلة بالرابطة العقدية، والتي لن تخضع في هذا الحال خارج منهجية التنازع، إلا لقواعد البوليس في دولة القاضي المطروح عليه النزاع[4]، مما يؤدي إلى هدر الصلة العقلانية كأهم خاصية من الخصائص الذاتية للقاعدة ذات التطبيق المباشر، سواء أكانت من قانون القاضي أم أي قانون آخر، مما دفع إلى البحث عن معيار آخر يحافظ على هذه الخاصية لقاعدة البوليس هو المعيار العقلاني.

---

[1] د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص96؛ وانظر: د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص662؛ د.أحمد عشوش، مرجع سابق، ص74-75.

[2] د.أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص70؛ د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة، مرجع سابق، ص96؛ د.أحمد عشوش، مرجع سابق، ص64.

[3] د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص97؛ د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص664.

[4] د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص662.

ثالثاً: المعيار العقلاني:

يجمع هذا المعيار بين المعيار الغائي (مصلحة الدولة) والمعيار العضوي أو المادي (تنظيم الدولة)، عند تحديده لقواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري[1]، وعُلِّل هذا الجمع على أساس أن كافة المعايير السابقة المقترحة لا تصلح في ذاتها للكشف عن قواعد البوليس وتحديدها؛ فمعيار الإقليمية لا يصلح لحسم المسألة لما يثيره من تساؤلات حول مفاهيم الإقليمية المتعددة، ومعيار المصلحة العامة للدولة لم يعد صالحاً في ضوء تدخل الدولة الذي أصبح معه من الصعب الفصل بين القواعد التي تسعى إلى إدراك مصلحة عامة، وتلك التي لا تعنى إلا بالمصالح الفردية.

أما معيار تنظيم الدولة فهو الآخر غير صالح كونه يوسع تارةً في مفهوم قواعد البوليس على أساس اعتبار كل قانون تتدخل فيه الدولة، من قواعد البوليس، ويضيق أحياناً منها بإخراج بعض قواعد البوليس من إطارها لمجرد أنها لا تعنى بتنظيم أجهزة الدولة، ولا تقتضي تدخلها[2].

وبناءً على ما سبق يمكن تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها "القواعد التي قد تلازم تدخل الدولة، والتي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية، الاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أياً كانت طبيعتها وطنية أم ذات طابع دولي"[3].

ومن الملاحظ أن العبرة في هذا المعيار هي بدرجة الحماية التي توفرها هذه القواعد نظراً إلى ضرورة المصلحة محل الحماية من أجل بقاء وفعالية النظم

---

(1) د.أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص71؛ د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص663.

(2) راجع في ذلك المعايير السابق ذكرها في هذا البحث، وما ورد عليها من انتقادات.

(3) د.أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص72.

الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمجتمع، وهذه فكرة وظيفية بالدرجة الأولى، ولكن دون اعتبار فكرة (الوظيفية) مناطاً للتعريف بالقواعد ذات التطبيق المباشر[1].

ويلاحظ على هذا التعريف أيضاً أنه لا يأخذ بمعيار بعينه من المعايير السابق ذكرها، فهو لا ينطلق من نوع المسألة أو الموضوع الذي تنظمه القواعد ذات التطبيق الضروري، أي لم يأخذ بالمعيار المادي أو الموضوع الذي تنظمه تلك القوانين، واتصاله بالنظام الاقتصادي والاجتماعي للدولة، والذي تعمل على حمايته وتنظيمه كافة القواعد في الدولة دون استثناء.

ولا ينظر لطريقة تطبيق القانون، فورياً أم غير فوري، مباشراً أم غير مباشرٍ، أو النطاق الإقليمي لهذا القانون الذي يسري فيه تمييز قواعد البوليس عن غيرها[2].

ويبدو من المعيار الوظيفي السابق وجود عدة أمور في القواعد ضرورية التطبيق[3]، هي:

أولاً: أنها لا تشمل جميع القوانين التي تصاحب ازدياد تدخل الدولة، وإنما تقتصر على قواعد لها سمات معينة يستدل بها عليها، فلا تتضمن سوى القواعد التي تهدف إلى تحقيق المصالح الحيوية والضرورية، العامة والخاصة (الفردية)، فتوجد تلك القواعد حيث توجد الدولة.

ثانياً: تمتد إلى كافة المجالات التي تنظمها جميع فروع القانون، ولا تقتصر على مجال الروابط التي ينظمها القانون الخاص، ما دام ذلك الأمر لازماً لحماية السياسة التشريعية للدولة في كافة المجالات، خاصة في ظل ازدياد تدخل الدولة الذي يذيب حدود التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص.

ثالثاً: وضع مثل هذا المعيار الوظيفي كنقطة انطلاق للقاضي عند بحثه للقواعد ذات التطبيق المباشر لتطبيقها كاستثناء على الأصل (إعمال قاعدة الإسناد)

---

[1] د.أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص73.

[2] د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص663-664.

[3] د.أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص73 وما بعدها.

يحد لدرجة كبيرة من تحكم القاضي، على الرغم من صعوبة الاعتراف لمعيار بعينه بالقدرة على تحديد قواعد البوليس.

وبالرغم مما سبق فإن وجود ضوابط محددة لتعيين قواعد البوليس على الرغم من عدم وجود تعريف مانع لها، يؤدي إلى المحافظة على الأمان القانوني للمتعاقدين، وخروجهم من دائرة تحكم القاضي في اعتبار قاعدة معينة من قواعد البوليس أم لا.

2.2.2 مدى إمكانية تطبيق قانون العمل بوصفه قانون بوليس:

إن البحث في هذا الموضوع يتطلب مناقشة ما إذا كان وصف قوانين البوليس ينطبق على قانون العمل؟، وتطبيق قانون العمل بوصفه قانون بوليس.

هل ينطبق وصف قوانين البوليس على قانون العمل؟:

إن لقانون العمل أهمية كبيرة كونه ينظم العلاقة ما بين طبقتين مهمتين في المجتمع، الطبقة الأولى طبقة العمال التي تشكل العدد الأكبر، والتي يعتبر عملها هو الجانب الأساسي في المجتمع، والطبقة الثانية طبقة أصحاب العمل الذين يمثلون أصحاب رؤوس الأموال، والمتمثل دورهم في استثمار أموالهم في إقامة مشاريع إنتاجية وخدمية، ومن هنا تتجلى أهمية قانون العمل على الصعيدين الاجتماعي والاقتصادي، وذلك من خلال تحقيق التوازن بين مصالح كل من طرفي العملية الإنتاجية، ومصلحة الدولة بشكل عام، فقد جاءت قوانين العمل بهدف الحفاظ على الأمن والسلام الاجتماعيين، وذلك لأن طبقة العمال طبقة كبيرة جداً، وتركها تحت مشيئة أصحاب العمل قد يحمل هؤلاء إلى فرض شروط جائرة بحق طبقة العمال، من هنا أصبح من الضروري أن يتدخل المشرع ليضع قواعد آمرة تحفظ الحد الأدنى من حقوق العمال، وتحقق التوازن بين حقوق الطرفين.

ونظراً لأهمية قانون العمل، وتدخل الدولة في تنظيمه نتساءل عن مدى تطبيق قواعد قانون العمل الأردني بصفتها قانون بوليس.

تطبيق قانون العمل بوصفه قانون بوليس:

لدراسة تطبيق قانون العمل بوصفه قانون بـــوليس ســـوف نتعـــرض إلـــى الفرضين التاليين، الفرض الأول: تطبيق قانون العمل الـــوطني باعتبـــاره قـــانون بوليس، أما الثاني: فيدور حول تطبيق قانون العمل الأجنبي بصفته قانون بوليس.

الفرض الأول: تطبيق قانون العمل الوطني بوصفه قانون بوليس:

عندما يثور النزاع في علاقات العمل الدولية، ويتم عرضه علـــى القاضـــي الوطني فإنه في هذه الحالة سيقوم ببحث وتحليـــل القواعـــد القانونيـــة المختـــصة بموضوع النزاع في تشريعاته الوطنية ليتأكد من اختصاص هـــذه القواعـــد بحكـــم النزاع، وهل تعتبر هذه قواعد قانون العمل، من قواعد البـــوليس لتـــوافر الـــصلة العقلانية بينها وبين موضوع النزاع؟، وهل تحقق الأهداف التي توخاهـــا المـــشرع عندما وضع هذا القانون حمايةً منه لمصلحة العامل باعتباره الطرف الضعيف فـــي عقد العمل؟.

يقوم القاضي بتطبيق القانون الوطني في حال كان النزاع وطنياً بحتـــاً، إذ لا تثور مشكلة تنازع القوانين في هذا الفرض، ويقوم أيضاً بتطبيق القـــانون الـــوطني مباشرة على النزاع في حال كان القانون الوطني من قوانين البوليس دون النظر إلى القانون الذي اختارته إرادة الأطراف، فلا مشكلة عنـــدما تختـــار إرادة الأطـــراف القانون الوطني، إذ تتوحد الحلول ويطبق القاضي القانون الوطني، فـــإذا اختـــارت إرادة الأطراف قانوناً أجنبياً لحكم النزاع وتبين للقاضي أن قانونـــه مـــن قـــوانين البوليس وأنه القانون المختص بحكم النزاع، فإنه سيقوم بتطبيقه دون الالتفات إلـــى قواعد الإسناد.

ولكن التساؤل الذي يفرض نفسه هنا إذا تبين للقاضي أن قانونه لـــيس مـــن قوانين البوليس واختارت إرادة الأطراف قانوناً ما، فهل القاضي مجبر على تطبيق قواعد البوليس في القانون المختار؟ وإذا لم تقم الإرادة بالاختيار ووجد قانون دولـــة يرتبط بالنزاع برابطة عقلانية ويريد الانطباق، فهل يطبقه القاضي؟

الفرض الثاني: تطبيق قوانين العمل الأجنبية:

تعددت الاتجاهات الفقهية بشأن إعمال قوانين البوليس الأجنبية بين رافضٍ ومؤيدٍ لها، وتعددت حججهم وأسانيدهم في هذا الموضوع[1]، فقد اتجه الفقه حديثاً في ضوء فكرة الإسناد الإجمالي للقانون الأجنبي المختص التي مفادها أنه يتحتم على القاضي تطبيق القانون المختص على العلاقة سواء قواعده المتعلقة بقواعد البوليس وقواعد القانون العام، أم قواعده الموضوعية عن طريق قواعد الإسناد التقليدية[2]، وأنه ينبغي على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية، سواء منه ما يعد من قواعد البوليس أم تشريعات القانون العام باعتبارها جزءاً من القانون المختص، وذلك على اعتبار أن اقتصار القاضي على تطبيق قواعد القانون الخاص في النظام القانوني المختص بمقتضى قواعد التنازع دون قواعد القانون العام فيه أو قواعد البوليس التي تريد الانطباق، وتنتمي إلى هذا النظام يشكل تشويهاً لهذا النظام.

ويطبق القاضي قواعد البوليس الأجنبية إذا ما توافرت في هذه القاعدة شروط إعمالها[3]، ويخضع القاضي في تقديره لمدى توافر الشروط المطلوبة لإعمال قواعد البوليس، وكذلك مدى ملائمة إعمال القاعدة التي توافرت شروط تطبيقها حسب ما تفرضه قواعد الملائمة في قانونه لرقابة المحكمة العليا[4]، وشروط تطبيق القاعدة بوصفها قاعدة بوليس هي:

أولاً: الصلة العقلانية التي يتطلب وجودها بين مضمون القاعدة وأهداف قواعد البوليس الأجنبية، وبين نطاق سريانها كما حدده مشرعها.

---

(1) راجع في ذلك تفصيلاً، د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص113-134؛ وانظر كتابه: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص27 وما بعدها.

(2) د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص135، هامش رقم (1).

(3) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، بند 591.

(4) د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص129.

ثانياً: أن لا تتعارض مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي، وإلاَّ يجب استبعادها باسم النظام العام[1]، وإحلال قانون القاضي لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد وفقاً لرأي الفقه الغالب[2]، إلا أن للنظام العام في إطار قواعد البوليس سمات خاصة تميزه عن دوره في إطار القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد.

فمن ناحية أولى، يقوم القاضي بتقدير مدى تعارض قواعد البوليس الأجنبية التي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد مع النظام العام في دولته قبل التأكد من اختصاصها بالنزاع المطروح، خلافاً لمنهج التنازع الذي لا يتم إعمال الدفع بالنظام العام بموجبه إلاَّ بعد تحديد القانون المختص بالنزاع، أي أنه بخصوص قواعد البوليس فإن القاضي يقوم بتحليل مضمون القاعدة الأجنبية المطروحة والكشف عن أهدافها حتى يتأكد من توافر شروط انطباقها، ونتيجة لذلك فإن هذا البحث قد يتمخض عن:

1. أن يتبين للقاضي تعارض هذه القاعدة مع النظام العام في دولته، وعندها يعزف عن تطبيقها، ليصبح الحديث بذلك عن النظام العام من قبيل المجاز؛ لأن القاضي لم يكن قد توصل إلى تقرير اختصاص القاعدة التي تصدى لتحليلها.
2. أن يتبين أن مضمون القاعدة وأهدافها لا يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، لينتقل بذلك إلى بحث مدى ملاءمة تطبيقها على النزاع، الأمر الذي يدعوه إلى التصدي لمضمون القاعدة وأهدافها حتى يقدر مدى الصلة العقلانية بين مضمونها وأهدافها، ليتمكن من تقرير اختصاصها بحكم المسألة موضوع النزاع[3].

---

(1) د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص129.

(2) راجع بصدد أثر النظام العام، د.سامية راشد ود. فؤاد عبد المنعم رياض، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء الثاني، 1975، بند 175، د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، بند 148؛ د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص327 هامش (1).

(3) د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص131.

من ناحية ثانية، لا يقتصر القاضي عند بحثه في إطار قواعد البوليس على عدم تعارض هذه القاعدة مع النظام العام على مضمون هذا القانون أو آثار تطبيقه في إقليمه، وإنما يتناول بالإضافة لذلك أهدافها والمصالح التي ترعاها[1].

ونتساءل في هذا المقام هل على القاضي تطبيق قواعد قانون العمل الأجنبية بوصفها قواعد بوليس إذا اختارت إرادة الأفراد تطبيق قانون العمل لدولة ما بوصفه قانون بوليس، وهل عليه أيضاً تطبيق قواعد قانون العمل لدولة ما بوصفه قانون بوليس بالرغم من عدم اختصاص ذلك القانون وفقاً لقواعد الإسناد؟ للإجابة على التساؤلات السابقة سوف نقوم بمناقشة الأمرين التاليين:

أ. **تطبيق قانون العمل باعتباره جزءاً من القانون المختص:**

أشرنا سابقاً أنه في ضوء فكرة الإسناد الإجمالي أن الرأي استقر على أنه إذا كان ينبغي على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية، فإنه يجب عليه تطبيق قواعد البوليس، وقواعد القانون العام التي يتضمنها هذا القانون باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من القانون المختص، بحيث ينطبق القانون الأجنبي المسند إليه في جميع قواعده أياً كانت طبيعتها[2].

وبناءً عليه فإن على القاضي تطبيق قواعد قانون العمل الأجنبية على النزاع المعروض عليه بوصفها من قواعد البوليس بعدما تأكد من صفتها تلك استناداً إلى قواعد التنازع في دولته التي قررت اختصاص هذه القواعد (قواعد قانون العمل الأجنبي في القانون المختص).

وتبرير ذلك أن قواعد التنازع حين تشير باختصاص نظام قانوني معين فإنها لا تفرق داخله بين قواعده التي تعد من القانون الخاص أو من القانون العام أو تلك التي تعد من قوانين البوليس، إذ أن مهمة تحديد أي القوانين الداخلية التي يتعين

---

(1) د.محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص132، انظر الهامش رقم (1).

(2) انظر د.أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص161-174.

استبعادها وتطبيق غيرها من القواعد الأخرى غير واجبة التطبيق هي من الأمـــور التي يتكفل بتحديدها هذا النظام نفسه[1].

وعليه فإن على القاضي الوطني تطبيق قانون البوليس المختص (قانون العمل الأجنبي) بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية التي أشارت لـــه ســـواء اختارتـــه إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية ما لم يتعارض تطبيقها مع القواعد المماثلـــة فـــي قانون العمل الوطني لدولة القاضي أو مع اعتبارات النظام العام التي قررت للعامل حداً أدنى من الحقوق التي لا يجوز النزول عنها، فإذا كانت الحقوق الممنوحة للعامل في القانون الأجنبي واجب التطبيق تعطي للعامل حقوقاً أقل مما يمنحه لـــه قـــانون العمل، وخاصة في موضوع الفصل التعسفي موضوع البحث، فإن القاضي الأردني سوف يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص بسبب مضمونه الذي يمـــنح العامـــل حقوقاً أقل من القانون الوطني، لا بسبب طبيعة هذا القانون، وهذا ما أشـــارت لـــه المادة الرابعة من قانون العمل الأردني، وبتطبيق القانون الأجنبي يكون القضاء قـــد أخذ بالنظر اعتبارات الملاءمة وحاجات المعاملات الدولية الخاصة –خاصة منهـــا علاقات العمل الفردية– ولم يفرط من ناحية أخرى بمبدأ المساواة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي[2].

فهل يستوي الأمر حيال قواعد البوليس الأجنبية التي لا تشكل جـــزءاً مـــن القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد في دولة القاضي؟ هذا مـــا سنوضـــحه تالياً:

ب. **تطبيق القانون الأجنبي على اعتبار أنـــه لا يـــشكل جـــزءاً مـــن القـــانون المختص:**

تبدو الحاجة للتطبيق المباشر لقواعد البوليس الأجنبية التي لا تنتمي لقـــانون العقد الذي اختارته الإرادة لإيجاد نقطة توازن بين حق الإرادة في اختيار القـــانون الواجب التطبيق من ناحية، والاحترام المتطلب للأحكام الآمرة التي تحكم العقد مـــن

---

[1] د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص239.

[2] في تأكيد المساواة بين القانون الوطني والأجنبي، انظر: د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص250.

ناحية أخرى، وذلك من خلال سلطة القاضي بتقييد حرية الإرادة عند اختيارها لقانون العقد من خلال تطبيقه المباشر لقواعد البوليس الآمرة في قوانين الدول المرتبطة بالعقد تجنباً للغش نحو القانون وحمايةً للطرف الضعيف وتحقيقاً للمصلحة التي تسعى هذه القواعد الآمرة –خاصة قواعد قوانين العمل– إلى تحقيقها، الأمر الذي لا يفسح المجال أمام المتعاقدين للتهرب من الأحكام الآمرة في القوانين الداخلية للدول الأخرى المرتبطة بالعقد برابطة وثيقة[1].

فإذا عرض النزاع على القاضي بشأن علاقة عمل، وتبين أن هنالك قانون عمل أجنبي يريد الانطباق على هذه العلاقة، وكان هذا القانون على صلة وثيقة بالعقد، إلاَّ أن قاعدة الإسناد الوطنية للقاضي المطروح أمامه النزاع لم تشر إلى اختصاص هذا القانون بحكم النزاع إذ لم تقم إرادة الأطراف باختيار هذا القانون لحكم علاقتهم التعاقدية، فما الحل الذي يجب على القاضي إتباعه في هذه الحالة؟ هل يطبق القاضي هذا القانون الذي لم تشر له قاعدة التنازع؟ وماذا لو كان هذا القانون يعطي للعمال حقوقاً أفضل من تلك التي يمنحها له القانون المختص بموجب قاعدة التنازع؟ فما الحل في ضوء المادة الرابعة من قانون العمل الأردني لهذه المسألة؟

من المستقر عليه أن على القاضي احترام قواعد البوليس دون القواعد ذات التطبيق المباشر في القانون الأجنبي غير المختص بمقتضى قاعدة التنازع التي يكشف مضمونها وأهدافها عن نطاق سريانها دون القواعد المباشرة في هذا القانون، وذلك خلافاً للقانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع والقانون الوطني الذي يلزم القاضي بتطبيقه إذعاناً لأوامر مشرعه وإرادة قانونه في الانطباق، سواء أكانت قواعد مباشرة رغب المشرع بتوسيع نطاق تطبيقها، أم قواعد بوليس ترتبط بموضوع النزاع بصلة عقلانية[2].

فإذا عُرض النزاع على القاضي الوطني بشأن علاقة عمل، وكان هناك قانون أجنبي غير مختص بحكم النزاع وفقاً لقواعد التنازع الوطنية لدولة القاضي، حيث لم تقم إرادة الأطراف باختيار هذا القانون ليحكم العلاقة التعاقدية صراحةً أو ضمناً،

---

[1] د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص242.

[2] د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص242–243.

فهل يطبق القاضي القانون الأجنبي غير المختص هذا، خاصة إذا تبين له أن هـذه القاعدة من قواعد البوليس التي ترتبط بالنزاع برابطة عقلانية؟

ونجيب أنه إذا تبين للقاضي أن القاعدة القانونية التي لا تنتمي للنظام القانوني المختص بحكم العقد بمقتضى قواعد التنازع، ولم تكن جزءاً من قانون العقد، ترتبط بالعقد بصلة وثيقة، فإنه سيقوم بتطبيقها على موضوع النزاع المطروح عليه علـى أساس أن هذا الحل يكفل من ناحية –بالرغم من غياب المـشرع الـدولي– وحـده الحلول القانونية باعتباره هدفاً رئيسياً للقانون الدولي الخاص المعاصر، ومن ناحية أخرى يزيل العقبات التي قد تعترض تنفيذ الأحكام القضائية في خارج دولة القاضي الذي أصدرها ويوفر لها الفاعلية اللازمة، مما يؤدي وفي هذه الحالة بالـذات إلـى تحقيق مصلحة العامل.

ورغم ما في هذا الحل من مميزات، إلاَّ أنه جاء مخالفاً للرأي الذي يـرفض تطبيق القانون الأجنبي غير المختص بمقتضى قاعدة التنازع على أسـاس أنـه لا اختصاص لهذه القواعد بحكم الرابطة العقدية المطروحة بسبب عدم انتمائها لقـانون القاضي، أو لأي نظام قانوني آخر مختص بموجب قواعد التنازع أيضاً لأن إعمال هذه القواعد الأجنبية لن يتأتى بغير الإذعان لمجرد إرادتها في الانطباق، وهو مـا يعني الأخذ بمطلق المذهب الأحادي الذي سبق للفقه أن هجره[1]، وعلى الرغم مـن ذلك فإن الحل السابق هو ما جاءت به اتفاقية روما لسنة (1980) من خلال نـص الفقرة الأولى من المادة السابعة التي جاء فيها أنه: "عند تطبيق قـانون بلـد معـين بمقتضى هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة في قـانون بلـد آخـر يرتبط بالمركز المطروح برابطة وثيقة، وذلك فيما لو كانت هذه النصوص واجبـة التطبيق بمقتضى قانون البلد الذي تنتمي إليه، بصرف النظر عـن قـانون العقـد، وللاعتراف بمدى الآثار التي ستمنح لهذه النـصوص يجـب الاعتـداد بطبيعتهـا وموضوعها، وكذلك النتائج المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها".

---

[1] د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، مرجع سابق، ص244.

من الملاحظ أن هذه الاتفاقية قد وضحت ولخصت الأسباب الداعية إلى تطبيق قوانين البوليس باشتراطها توافر الصلة العقلانية بين مضمون القاعدة التي تريد الانطباق حسبما يقدرها القاضي وبين أهدافها من ناحية ونطاق سريانها كما حدده مشرعها الأجنبي من ناحية أخرى، وهذا ما يفيد أن تطبيق قواعد البوليس في القانون الأجنبي مشروط بإرادتها في الانطباق، بالإضافة إلى إرادة مشرع القاضي في تطبيقها[1].

ومن الملاحظ أن المشرع الأردني في المادة الرابعة من قانون العمل التي نصت على أنه: "لا تؤثر أحكام هذا القانون على أي حق من الحقوق التي يمنحها للعامل أي قانون آخر أو اتفاق أو قرار إذا كان أي منها يرتب للعامل حقوقاً أفضل من الحقوق المقررة له بموجب هذا القانون"، ونستنتج من هذه المادة أن المشرع الأردني قد سمح للقاضي أن يقوم بتطبيق القانون الأكثر ملاءمة لمصلحة العامل، وهذا في الحقيقة يتناسب مع القول الفقهي الذي ينادي بتطبيق القانون الأجنبي غير المختص بمقتض قاعدة التنازع على مسألة ما، خاصةً إذا تبين أن هذا القانون أكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

3.2 الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على الفصل التعسفي في علاقات العمل الدولية، لما لهذا الموضوع من أهمية بالغة تتمثل في محاولة البحث عن أكثر القوانين ملاءمة لحكم النزاع.

وتم بحث هذا الموضوع من خلال التعرض للفصل التعسفي في محاولة لتحديد المقصود بالفصل التعسفي، والتعرف على معاييره وحالاته في خطوة أولى لمحاولة التوصل إلى تصور واضح لأساس وطبيعة المسؤولية المترتبة عليه لغاية إدراجه ضمن طائفة من طوائف القانون الدولي الخاص بهدف تحديد القانون الواجب

---

[1] د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص738-739.

التطبيق عليه، ومن ثم تحديد قاعدة الإسناد التي تناسب هذا النوع من العلاقات بحيث تؤدي إلى تطبيق القانون الذي يكون على صلة أوثق بهذه المسألة.

وهذا ما حاولت البحث عنه من خلال الفصل الثاني حيث تطرقنا إلى منهاج تنازع القوانين، ومنهاج قوانين البوليس لغاية البحث عن القانون الأكثر ملائمة للانطباق على الفصل التعسفي للعامل في عقد العمل الفردي الدولي، حيث توصلنا من خلال ذلك إلى النتائج والتوصيات التالية:

1.3.2 النتائج:

1. لقد تبين لنا أن المشرع الأردني لم ينص على الحالات التي يكون فيها الإنهاء تعسفياً وإنما يتم التوصل لهذه الحالات عن طريق مفهوم المخالفة لحالات الإنهاء المشروع لعقد العمل غير محدد المدة.
2. لقد تبنى المشرع الأردني المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي معاً عند الحكم بالتعسف والمتمثلين بقصد التعدي، وكون المصلحة المرجوة من الفصل غير مشروعة.
3. لقد تبنى المشرع الأردني في قانون العمل معياراً محدداً للفصل التعسفي يتمثل في المزاوجة والجمع بين التعسف في إنهاء العقد ومخالفة أحكام القانون، وذلك بأن يكون الإنهاء غير مبررٍ بحالة من الحالات التي تجيز إنهاء عقد العمل إنهاءً مشروعاً بموجب نصوص عقد العمل.
4. لقد أشار المشرع إلى حالات الفصل التعسفي الضمني في المادة (29) من قانون العمل تحت عنوان الحالات التي يجوز فيها للعامل ترك العمل مع الاحتفاظ له بحقوقه القانونية، ولم يورد المشرع لفظ الفصل التعسفي الضمني رغم أنه قد اعترف به ورتب آثاره.
5. لقد قيَّد المشرع الأردني حق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة بضرورة توجيه إشعار بذلك قبل مدة من إنهاء عقد العمل مع اشتراط أن لا يكون الإنهاء تعسفياً؛ حفاظاً منه على مصلحة العامل.

6. لقد خرج القضاء الأردني –استجابةً منه لأهداف قانون العمل– عن الأصل العام في الإثبات، ونقل عبء الإثبات ليضعه على عاتق صاحب العمل، وذلك من خلال اشتراطه على رب العمل إثبات أن فصله للعامل كان مستنداً إلى سببٍ صحيحٍ بأن يثبت أن العامل ارتكب مخالفة تستوجب فصله.
7. بناءً على قرارات محكمة التمييز الأردنية فإن القانون الواجب التطبيق على الفصل التعسفي هو قانون العقد، وذلك بناءً على ما تم التوصل له من اعتبار أن المسؤولية المترتبة على الفصل التعسفي ذات طبيعة عقدية.
8. لقد اعتد المشرع الأردني بالمعيار القانوني عند تحديده للمقصود بالعقد الدولي.
9. لقد تبين لنا من خلال الدراسة أن ضوابط الإسناد الواردة في المادة (20) من القانون المدني، والخاصة بالالتزامات التعاقدية لا تتناسب البتة مع عقد العمل الدولي، وذلك لما يتمتع به هذا العقد من خصوصية تميزه عن باقي العقود.
10. لقد توصلنا إلى أن وصف قانون البوليس ينطبق على قانون العمل، وذلك نظراً لما تسعى إليه هذه القواعد من أهداف تتمثل في تحقيق التوازن بين مصلحة العامل –بوصفه الطرف الضعيف– ومصلحة صاحب العمل من خلال إجازة تطبيق أي قانون يعطي للعامل حقوقاً أفضل من الحقوق التي يمنحها له قانون العمل الأردني، وهذا يدل على اتجاه المشرع الأردني إلى الاعتراف بتطبيق القانون الأكثر ملاءمة للعامل.

2.3.2 التوصيات:

1. نتمنى على المشرع الأردني أن يعدل نص المادة (25) من قانون العمل بحيث يجعل مقدار التعويض لا يقل عن أجر شهرين من الأجر الإجمالي عن كل سنة من سنوات الخدمة ليواكب بذلك موقف المشرع المصري الذي كفل حماية أكثر لحقوق العمال في هذه الناحية.
2. نتمنى على المشرع الأردني تبنى المعيار القانوني المرن في تحديده للعقود الدولية، وذلك باشتراط فاعلية العنصر الأجنبي في العلاقة الدولية محل النزاع لا اشتراط وجود العنصر الأجنبي فقط.

3. نتمنى على المشرع الأردني تبني الحلول التي تناسب توجهات القانون الدولي الخاص الحديثة، وذلك لعدم ملائمة قواعد الإسناد التقليدية لحكم الروابط العقدية الدولية، وخاصة عقد العمل، حيث نقترح عليه النص الآتي: "يسري على عقد العمل الفردي قانون إرادة الأطراف، فإذا سكت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق يطبق قانون مكان التنفيذ شريطة أن لا يكون هناك قانون على صلة وثيقة بالنزاع يريد الانطباق.

هذا كله مع مراعاة أنه إذا كان النزاع يدخل ضمن تطبيق قوانين البوليس الوطنية، فما على القاضي هنا إلا القيام بتطبيق قوانينه الوطنية دون الرجوع إلى قواعد الإسناد".

المراجع

أ. المراجع العربية:

أبو الهيجاء، محمد إبراهيم، (2005)، **عقود التجارة الإلكترونية، العقود الإلكترونية، القانون الواجب التطبيق على المنازعات العقدية وغير العقدية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن.

أبو شنب، أحمد عبد الكريم، (1998)، **شرح قانون العمل الجديد**، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن.

الأهواني، حسام، (1991)، **شرح قانون العمل**، دون ناشر.

البكري، محمد، (1986)، **مدونة الفقه والقضاء في قانون العمل الجديد**، الجزء الثاني، دون ناشر.

بلخضير، عبد الحفيظ، (1980)، **الإنهاء التعسفي لعقد العمل**، دار الحداثة، بيروت، لبنان.

الجداوي، أحمد قسمت، (1981)، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، عدد 1، 2، سنة 23، ص3-25.

الحاج، محمد عبد القادر، (1996)، **شرح قانون العمل اليمني الجديد**، مطابع دار المجد للطباعة للنشر، صنعاء، اليمن.

الحداد، حفيظة السيد، (1993)، **القانون القضائي الخاص الدولي**، الإسكندرية، مصر.

الحداد، حفيظة السيد، (2004)، **الموجز في القانون الدولي الخاص**، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان.

د.م. (1985)، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، الجزء الأول، الطبعة الثانية، نقابة المحامين، مطبعة التوفيق، عمان، الأردن.

الداوودي، غالب علي، (1990)، **شرح قانون العمل الأردني**، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

الداوودي، غالب علي، (2001)، **القانون الدولي الخاص**، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر، عمان، الأردن.

الذنون، حسن والرحو محمد، (2004)، **أحكام التزام**، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن.

راشد، سامية، وفؤاد رياض، (1975)، **الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي**، الجزء الثاني، دون ناشر، القاهرة، مصر.

راشد، سامية، وفؤاد رياض، (1992)، **الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي**، الجزء الثاني، دون ناشر، القاهرة، مصر.

رشيد، أمين رجا، (1991)، **معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الأردني**، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

رمضان، سيد محمود، (2004)، **الوسيط في شرح قانون العمل**، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن

زكي، محمود جمال الدين، (1969)، **دروس في مقدمة الدراسات القانونية**، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر.

زكي، محمود جمال الدين، (1971)، **قانون العمل الكويتي**، منشورات جامعة الكويت، الكويت.

زكي، محمود جمال الدين، (1978)، **مشكلات المسؤولية المدنية**، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر.

السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري حمد، (2000)، **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن.

سلامة، أحمد عبد الكري، (1985)، **القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

سلامة، أحمد عبد الكريم، (1989)، **نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية**، دراسة تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

سلامة، أحمد عبد الكريم، (1996)، **علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع**، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء، المنصورة، مصر.

سلامة، أحمد عبد الكريم، (د.ت)، **المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

سلطان، أنور، (1963)، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات**، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار المعارف، القاهرة، مصر.

السمدان، أحمد، (1993)، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، **مجلة الحقوق**، السنة 17، العدد 1، 2، ص173-179.

السنهوري، عبد الرزاق، (1998)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

السيد، محمد شوقي، (1979)، **التعسف في استعمال الحق**، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر.

شنب، محمد لبيب، (1969)، **شرح قانون العمل اللبناني**، الجزء الأول، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع.

شنب، محمد لبيب، (1983)، **شرح قانون العمل**، الطبعة الرابعة، دار النهضة، القاهرة، مصر.

صادق، هشام علي، (1974)، **تنازع القوانين**، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

صادق، هشام علي، (1988)، نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين، **مجلة الدراسات القانونية**، العدد الأول، المجلد الأول، تموز، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص3-28.

صادق، هشام علي، (1995)، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

عامر، حسين، (1998)، **التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود**، الطبعة الثانية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر.

عامر، عبد الرحمن وعامر، حسين، (1979)، **المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**، الطبعة الثالثة، دار المعارف، القاهرة، مصر.

عبدالله، عز الدين، (1969)، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي**، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، دون ناشر.

عبدالله، عز الدين، (1986)، **القانون الدولي الخاص**، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر.

عبدالمجيد، منير، (د.ت)، **تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

العبودي، عباس، (2004)، **شرح أحكام قانون البينات الجديد المعدل بالقانون رقم 37 لسنة 2001**، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن.

العتوم، منصور، (2004)، **منازعات العمل الفردية، إنهاء عقد العمل**، محاضرة ألقيت على المحامين المتدربين، نقابة المحامين.

عشوش، أحمد عبد الحميد، (1989)، **تنازع مناهج تنازع القوانين**، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر.

عكاشة، عبد العال، (1994)، **قانون العمليات المصرفية الدولية**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.

علي، عامر محمد، (1999)، **شرح قانون العمل الأردني**، الطبعة الأولى، المركز القومي للنشر، إربد، الأردن.

الغندور، ضاهر، (1982)، **الصرف التعسفي في القانون اللبناني**، دار اقرأ للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

فرج، توفيق حسن، (1986)، **قانون العمل في القانون اللبناني والمصري**، الدار الجامعية، بيروت، لبنان.

الفكهاني، حسن، (د.ت)، **موسوعة العمل والتأمينات الاجتماعية**، المجلد السادس، فصل تعسفي، دون ناشر.

القشيري، أحمد القشيري، (1968)، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، السنة 10، عدد 1، ص133 وما بعدها.

القضاة، مفلح عواد، (1990)، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

القضاة، مفلح عواد، (1994)، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

القضاة، مفلح عواد، (1998)، **أصول المحاكمات المدنية**، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، عمان، الأردن.

القيام، خالد رشيد، (2002)، **مبادئ في الأصول العامة لعلم القانون**، الطبعة الثانية، دون ناشر.

كيرة، حسن، (1969)، **أصول قانون العمل**، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

كيرة، حسن، (1974)، **المدخل إلى القانون**، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

محمد، همام محمد، (1987)، **قانون العمل، عقد العمل الفردي**، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر.

مدغمش، جمال عبد الغني، (د.ت)، **شرح القانون المدني الأردني، العقد**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الياقوت، عمان، الأردن.

المرصفاوي، فتحي، (1973)، **أصول قانون العمل، عقد العمل**، المكتبة الوطنية، ليبيا.

مرقس، سليمان، (1961)، **موجز أصول الالتزامات**، مطبعة لجنة البيان، القاهرة، مصر.

مرقس، سليمان، (1971)، **المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية**، الطبعة الثانية، معهد البحوث والدراسات.

المصري، محمد وليد، (2004)، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، **مجلة الشريعة والقانون**، العدد عشرون، ص160 وما بعدها.

المغربي، جعفر، (2004)، الفصل التعسفي، **مجلة روح القوانين**، العدد 32، مطبعة جامعة طنطا، مصر، ص775-807.

المقدم، صلاح محمد السعيد، (1980)، **تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات الإيجار**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر.

النداوي، آدم وهيب، (1997)، **دور المحاكم المدنية في الإثبات**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن.

هاشم، هشام رفعت، (1973)، **شرح قانون العمل الأردني**، مكتبة المحتسب، عمان، الأردن.

هاشم، هشام رفعت، (1990)، **شرح قانون العمل الأردني**، الطبعة الثانية، عمان، الأردن.

الهداوي، حسن، (1997)، **في أثر الغش نحو القانون، تنازع القوانين**، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، الأردن.

ياقوت، محمود، (2000)، **حرية المتعاقدَين في اختيار قانون العقد**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

ياقوت، محمود، (2004)، **الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

ب. المراجع الأجنبية:

KAYSER- L'autonomie de La Volonté en droit international prive dans La jurisprudence Francaise, Clunet, 1931, p.32 ets.

ALHAJAYA, Noor, (1999), **Les conflits de lois en Matiere de marriage_ ētude compareé en droit françeis et en droit Jordanien**, these.

DACQUET, Principe, (1980), **d'autionanie et contrats internationally these**, Strasbourg, éd economica.

FRANCCESCAKIS, V. **Conflits de lois**, Rep. Dulloz, DIP, No. 137.